

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

GABRIELA ARENHART

EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

FLORIANÓPOLIS

2014

GABRIELA ARENHART

EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado junto ao curso de graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC, na área de Direito Processual
Civil.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2014

Autora: Gabriela Arenhart

Título: Efeito translativo nos recursos excepcionais

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito,
aprovado com nota _____.

Florianópolis/SC, 10 de junho de 2014.

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Professor Orientador

Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Membro da Banca Examinadora

Prof. Ezair José Meurer Junior
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Sem dúvida alguma, inicio agradecendo o amor que meus pais, Sérgio e Glaucia, tem por mim. Apesar de agora distantes, jamais pouparam esforços para me proporcionar conforto e estudo, mas, acima de tudo, para me ensinar valores e princípios. Serei eternamente grata a vocês.

À Letícia, minha amada irmã e companheira fiel de séries, que compartilhou comigo este momento: eu na monografia e ela na dissertação.

À família Grendene e à Arenhart, em especial ao Vô Cláudio e à Vó Celina, por sempre esperarem ansiosos pelos feriados em que vou a Joaçaba.

Ao meu querido namorado, Pedro Henrique, que além de paciente, foi revisor atento deste trabalho. És uma pessoa incrível!

Às minhas eternas amigas de colégio, Natalie e Bruna, que personificam a alegria vivida durante toda infância e adolescência. Às amigas e aos amigos “infungíveis” que conheci durante a faculdade e com quem tive o prazer de conviver pelos últimos cinco anos. Aos amigos que fiz no GEDAI, em especial ao Christiano, à Sarah e à Lígia, por quem tenho tanta admiração e carinho. Aos amigos da pizza e do imagem e ação, que me acolheram com tanta alegria.

Aos profissionais com quem tive o prazer de trabalhar durante a faculdade e que diariamente fizeram crescer meu amor pelo Direito: Cintia Ranzi Arnt, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e Getúlio Corrêa.

Ao meu primeiro professor de Processo Civil, Fábio Kunz da Silveira, que cativou minha atenção para esta área.

Ao professor Pedro Miranda de Oliveira, pela ajuda durante o VIII Congresso de Direito da UFSC e por aceitar me orientar neste estudo.

Àqueles que, de forma direta ou indireta, contribuíram para que, hoje, eu apresente este trabalho na Universidade Federal de Santa Catarina.

*“Para e pensa, tu que me lêes,
por um momento na longa cadeia de
ferro ou ouro, de espinhos ou flores,
que jamais teria cingido, não fosse a
formação do primeiro elo num dia
memorável.”*

*- Charles Dickens, Grandes
esperanças.*

RESUMO

O efeito translativo permite ao tribunal julgar fora e além daquilo que foi objeto do recurso, em observância ao princípio inquisitivo e ao poder-dever de o Estado manter a unidade do exercício jurisdicional. Neste trabalho, será defendido que o referido efeito também ocorre nos recursos extraordinário e especial, a despeito de eles terem hipóteses de cabimento restritas e exigirem a existência de causa decidida sobre a questão. Isso será feito com fundamento no texto do enunciado n. 456 da súmula do STF e no princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: efeito translativo; recursos excepcionais; juízo de admissibilidade; juízo de mérito; súmula 456 do STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1: RECURSOS: PREMISSAS BÁSICAS.....	10
1.1 Princípios	10
1.1.1 Princípio do duplo grau de jurisdição	10
1.1.2 Princípios dispositivo e inquisitivo	15
1.1.3 Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	16
1.2 Recursos e seus efeitos.....	17
1.2.1 Efeito devolutivo.....	20
1.2.2 Efeito translativo	26
CAPÍTULO 2: RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	31
2.1 Função: uniformização da interpretação das normas	31
2.2 Juízo de admissibilidade	34
2.2.1. Cabimento.....	38
2.2.2. Requisitos específicos de admissibilidade.....	42
2.3. Juízo de mérito e o enunciado n. 456 da súmula do STF	46
CAPÍTULO 3: EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS....	51
3.1 Por que estender o efeito translativo aos recursos excepcionais.....	51
3.2 Respostas às possíveis críticas	55
3.3 Entendimento jurisprudencial	61
3.4 O novo Código de Processo Civil.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar os motivos pelos quais se entende que, conhecidos os recursos extraordinário e especial, cabe aos tribunais superiores o exame das matérias de ordem pública, ainda que elas não tenham sido anteriormente analisadas. Ou seja, defender-se-á que o efeito translativo também é aplicável em tais recursos.

Para tanto, o estudo será dividido em três capítulos. No primeiro será estudada a base principiológica, o conceito de recursos no ordenamento jurídico nacional e os principais efeitos decorrentes da sua interposição e do seu julgamento. Dentre eles, terão mais destaque os efeitos devolutivo e translativo.

Em relação ao primeiro efeito será averiguada sua correlação com o princípio dispositivo e com a própria ideia de recursos. Além disso, serão estudadas as duas perspectivas dele: a horizontal (extensão) e a vertical (profundidade), apresentando o âmbito de cada uma delas e, na medida do possível, trazendo exemplos práticos para diferenciá-las.

Neste mesmo capítulo também será examinado o efeito translativo, relacionando-o com o princípio inquisitivo e diferenciando-o da profundidade do efeito devolutivo. Neste ponto estudar-se-á o que se entende por matérias de ordem pública e o porquê elas podem ser analisadas de ofício e em qualquer grau de jurisdição, não ensejando *reformatio in pejus*.

No segundo capítulo o objeto de estudo será voltado aos recursos extraordinário e especial, analisando as suas peculiaridades. A propósito, ao referir-se a tais meios de impugnação, utilizar-se-á a expressão *recursos excepcionais*.

O estudo terá início com o exame da maneira como esses recursos surgiram no ordenamento e da função política que lhes foi atribuída, visando à unificação e pacificação da interpretação do direito objetivo no país. A seguir, serão analisadas as peculiaridades referentes ao juízo de admissibilidade e ao de mérito desses recursos.

Em relação ao juízo de admissibilidade, serão examinados, inicialmente, os requisitos que são comuns a todos os recursos. Depois disso, serão abordadas as exigências que têm especificidades nos recursos excepcionais, como é o caso do cabimento. Neste momento, será percebido que o juízo de admissibilidade e o de mérito se confundem, já que eles são recursos de fundamentação vinculada.

Além disso, serão estudados outros requisitos constitucionais para a interposição dos recursos excepcionais: de que a decisão judicial seja de única ou última instância; de que seja ou não proferida por tribunal; de que haja ou não repercussão geral; e, em especial, de que haja causa decidida sobre a questão federal ou constitucional. Ao tratar desta última, estabelecer-se-á a diferença entre ela e o prequestionamento, expondo qual é a verdadeira exigência constitucional.

No segundo capítulo também será tratado a respeito do juízo de mérito dos recursos excepcionais e quais são as causas de pedir que podem ensejar a sua interposição. Com isso, será analisada a possibilidade de os tribunais superiores emitirem juízo substitutivo e, por isso, serem considerados tribunais de revisão e não apenas de cassação.

Em virtude disso, será abordado o dever de os tribunais superiores, depois de conhecido o recurso, aplicar o direito à espécie, conforme enunciado n. 456 da súmula do STF. Para tanto, será feita uma análise de dois precedentes que deram origem à referida súmula e qual é a sua abrangência.

Chegar-se-á, então, ao terceiro capítulo. Nele será examinada a possibilidade de conciliar o efeito translativo com a vinculação da fundamentação dos recursos excepcionais e com a exigência de que haja causa decidida sobre a questão, mediante a adequada diferenciação entre o juízo de admissibilidade e o de mérito. Será exposto que, conhecidos os recursos excepcionais, cabe aos tribunais de sobreposição aplicar o direito à espécie, o que inclui também o exame das matérias de ordem pública, ainda que elas não tenham sido anteriormente apreciadas.

Será defendido que essa concepção está em consonância com a noção publicista e constitucional do processo, uma vez que o efeito translativo decorre, em última análise, do princípio do devido processo legal e está em harmonia com os princípios da economia e da duração razoável do processo. A fim de consolidar os motivos pelos quais o tema é defendido, também serão abordadas as principais críticas feitas contra esse posicionamento e, na medida do possível, serão rebatidas.

Neste último momento também será feito o exame de dois precedentes, um no qual é aplicada a ideia defendida e outro no qual isso não acontece. Depois, será exposto o motivo pelo qual se entende que a decisão que a aplicou está em consonância com a função exercida pelos tribunais superiores, bem como o que originou a mudança de entendimento por parte do STJ.

Por fim, será traçada uma perspectiva de como a questão será tratada no novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046/2010), tendo em vista os dispositivos legais constantes no projeto e as suas bases fundantes. Neste ponto é preciso consignar que se utilizou da última versão disponível quando do término deste estudo, que foi aquela aprovada pela Câmara dos Deputados em 26.03.2014. Além disso, também valer-se-á da versão do Anteprojeto, de 2010, em virtude da Exposição de Motivos lá apresentada.

Com fins técnicos, expõe-se que o método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo de premissas maiores sobre os efeitos translativos e recursos excepcionais para chegar à conclusão final. Utilizou-se, para tanto, a pesquisa bibliográfica em doutrinas e revistas jurídicas e a jurisprudencial.

Sabe-se, desde já, que o estudo não exaure todos os pontos que serão abordados ao longo do trabalho, em virtude, principalmente, da preocupação da autora de que o tema seja tratado de maneira objetiva. Todavia, espera-se que ele tenha sido tratado de maneira satisfatória para a compreensão da conclusão apresentada. Espera-se, também, que a leitura seja agradável.

CAPÍTULO 1

RECURSOS: PREMISSAS BÁSICAS

O estudo deste capítulo iniciará com a análise principiológica mais relevante e, posteriormente, desenvolver-se-á com o exame detido acerca dos recursos e dos seus efeitos, em especial do devolutivo e do translativo.

1.1 Princípios

Neste tópico do trabalho serão analisados os princípios que têm maior relevância para o estudo dos recursos e para a construção do raciocínio que levará à conclusão pretendida no terceiro capítulo. São eles: duplo grau de jurisdição, dispositivo, inquisitivo e proibição da *reformatio in pejus*.

1.1.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

A *irresignação* é inerente à condição humana. Afinal, ao se deparar com uma situação prejudicial, a reação natural é questioná-la. É com fundamento nessa qualidade do ser humano que surgiu a necessidade de criar mecanismos para que as decisões judiciais fossem revistas, a fim de que, se confirmadas, colaborassem no convencimento do vencido ou, se reformadas, buscassem a justiça para o caso concreto (MELO, 2005, p. 663).

Afastando-se da abordagem *antropológica* da questão e partindo para a *jurídica*, a revisão das decisões judiciais decorre do princípio do devido processo legal, pois este garante aos litigantes, em suma, o *direito de terem um processo e uma sentença justa* (NERY JUNIOR, 2009, p. 85). Inegavelmente, está incluído neste princípio a possibilidade de a parte ou o terceiro prejudicado pela decisão contestá-la, caso a entenda errônea ou viciada.

Relacionado ao devido processo legal está o princípio do duplo grau de jurisdição, que pode ser delimitado como a submissão de uma questão ao exame de dois juízos, *geralmente*, de hierarquia diversa. Utiliza-se o termo “geralmente” porque o reexame pode se dar pelo próprio órgão prolator, sem que isso descaracterize o princípio. Afinal, “cuida-se mais de um duplo exame que, propriamente, de um duplo grau” (BARIONI, 2007, p. 48).

A única Constituição Federal que previu, expressa e ilimitadamente, o princípio do duplo grau de jurisdição foi a imperial de 1824¹. A Constituição de 1988, por sua vez, admite-o implicitamente.

Isso se conclui pela forma de organização do Poder Judiciário consagrada no texto constitucional, com juízes monocráticos e órgãos de segunda instância², “visto que a função principal dos tribunais é julgar recursos, ou seja, julgar em segundo grau de jurisdição” (MELO, 2005, p. 674)³.

Analisada a natureza jurídica do princípio, apresentar-se-ão alguns dos fundamentos do duplo grau de jurisdição e, concomitantemente, analisar-se-ão as críticas a cada um deles.

A submissão da matéria ao duplo exame tem como propósito principal o acerto no julgamento, buscando efetivar o *binômio segurança-justiça* da decisão proferida, tendo em vista que “princípio do duplo grau é, por assim dizer, *garantia fundamental de boa justiça*” (NERY JUNIOR, 2004, p. 39).

Por serem os juízes falíveis, as decisões não estão isentas de erros, os quais se pretendem excluir com o novo julgamento. É certo que os magistrados de instância superior são igualmente falíveis; todavia, a revisão da decisão não ocorre da mesma maneira como foi proferida em primeiro grau⁴. Em segunda instância, o julgamento é

¹ Art. 158 da Constituição Imperial de 1824. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Províncias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.

² Art. 92 da CRFB/88. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

³ A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) adotou a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal; contudo, “a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo” (NERY JUNIOR, 2009, p. 283). Apesar disso, é mais um elemento apto a corroborar a existência e adoção deste princípio pelo ordenamento jurídico nacional.

⁴ “Os vários grau de jurisdição existem não apenas porque os superiores têm mais conhecimento ou sabedoria, pois, se assim fosse, as ações deveriam ser julgadas todas diretamente por eles, mas porque, em cada grau, o órgão jurisdicional vê o caso concreto de maneira própria: o primeiro, mais próximo do fato, pode apreciar todos os seus pormenores, inclusive os fatores de difícil transcrição para o papel, por exemplo, a sinceridade de uma testemunha; o segundo grau, exatamente porque está mais distante

colegiado (BUENO, 2010, p. 45), o que permite a discussão das questões envolvidas entre vários magistrados, diminuindo assim a possibilidade de erro. Além disso, os magistrados que compõem os tribunais são profissionais mais experientes e, por isso, estariam menos suscetíveis a erros de julgamento.

Não se discorda que o magistrado mais apto ao julgamento da causa e mais próximo à verdade real é aquele que instruiu o feito, em respeito ao princípio da identidade física do juiz (CPC, art. 132) e ao da imediação (CPC, art. 446, II). Efetivamente, o juiz que acompanhou a marcha processual e teve contato com as partes e com as provas produzidas detém outros elementos, além dos jurídicos, que contribuem para a resolução da controvérsia (ASSIS, 2013, p. 84).

Porém, na prática forense, levando em consideração a letargia na resolução da lide, bem como a alternância de juízes nas comarcas, é comum que o juiz instrutor não seja o sentenciante. Com isso já haveria desrespeito ao princípio da identidade física do juiz, não sendo possível afirmar que a violação ocorre somente no segundo grau de jurisdição.⁵

O que, na verdade, entende-se ser a circunstância que conduz à maior probabilidade de acerto na decisão é o fato de que, em segundo grau, o campo de controvérsias, via de regra, é mais restrito, bem como o fato de que as partes puderam exercer com amplitude o direito ao contraditório.

O controle exercido pelo juízo *ad quem* se beneficia da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arrazoarem, num sentido e no outro, o recurso (MOREIRA, 2008, p. 237-238).

O duplo grau de jurisdição também exerce influência *psicológica* no juízo *a quo*, que, sabendo da possibilidade de sua decisão ser revista por órgão superior, assume conduta ainda mais prudente e diligente. Com essa mesma função fiscalizadora, o duplo grau de jurisdição é tido como uma *questão de política legislativa processual*, visando o controle das decisões judiciais, o que colabora para que não haja abuso de poder por parte do magistrado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 81)

dos fatos, pode ter uma visão mais adequada do contexto dos acontecimentos e de outros casos análogos, bem como aperfeiçoar, em termos gerais, a interpretação do direito” (GRECO, 2009, p. 295).

⁵ Inclusive, os tribunais vêm relativizando a aplicação desse princípio e acentuando seu caráter não-absoluto. Nesse sentido: STJ, REsp n. 1441749/BA, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 03.04.2012.

Neste ponto, acata-se o posicionamento de que o objetivo fundamental do duplo grau de jurisdição não é o controle da atividade do juiz, mas a possibilidade de propiciar ao vencido a revisão do julgado (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 488). Entretanto, ainda que não seja o propósito fundamental do duplo grau, o controle do juiz e das decisões por ele proferidas é uma das consequências do princípio, sendo dele indissociável.

Uma das críticas elaboradas contra a ideia de duplo grau de jurisdição como princípio inafastável é a de que o juiz de primeiro grau é desprezado, pois sua sentença é vista pelo sistema “como um projeto da única e verdadeira decisão, que é a do tribunal” (MARINONI, 2011, p. 492). Todavia, entende-se que isso não decorre, por si só, da existência de um duplo grau de jurisdição. O fato de a sentença proferida em primeiro grau carecer de efetividade não resulta da possibilidade de ser revista, mas do fato de que, via de regra, enquanto não há manifestação pelo Tribunal, a sentença não pode ser executada⁶, nem sequer provisoriamente, em virtude do efeito suspensivo da apelação (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 492).

Defender o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo como forma de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional não é incompatível com a defesa do duplo grau de jurisdição. Primeiro porque não se retira do jurisdicionado a possibilidade de rever a decisão proferida; segundo porque a execução a ser promovida enquanto pendente o recurso de apelação será provisória e não definitiva (CPC, art. 475-I, § 1º); terceiro porque, a depender das circunstâncias, é possível a obtenção do efeito suspensivo perante o tribunal (CPC, art. 558, parágrafo único); e quarto porque o duplo grau de jurisdição não é absoluto, podendo sofrer limitações objetivando a celeridade e efetividade do processo, conforme se verá a seguir (GAJARDONI, 2013).

Sem sombra de dúvidas, a maior crítica elaborada contra o princípio do duplo grau de jurisdição é a de que a reanálise da decisão é um óbice à efetividade e à celeridade do processo⁷.

⁶ Existem hipóteses previstas no ordenamento em que a sentença pode ser executada na pendência do recurso de apelação, como é o caso das situações previstas nos incisos do art. 520 do CPC e nas apelações regidas pela Lei de Locações (art. 58, V, da Lei n. 8.245/91), por exemplo.

⁷ Art. 5º da CRFB/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Sendo o princípio do duplo grau de jurisdição um instrumento para a promoção de uma tutela jurisdicional justa, entende-se que, a despeito do prolongamento do tempo de duração do feito, o princípio é um *mal necessário*, nas palavras de Camargo (2007, p. 663)

Todavia, “o fato de o duplo grau de jurisdição estar assegurado implicitamente na Carta da República não o torna insuscetível de ser flexibilizado em algumas hipóteses” (BARIONI, 2007, p. 50), visando ao equilíbrio entre a duração razoável do processo e a adequada resposta judicial.

À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 229).

Defende-se, assim, que o duplo grau pode – e deve – sofrer limitações para garantir a eficiência e a celeridade da prestação jurisdicional, como nas causas de *menor complexidade* em que há interpretação jurisprudencial pacífica sobre o tema. Nessas hipóteses, a exigência de que haja um reexame vai de encontro ao princípio da razoável duração do processo, sem que isso implique, necessariamente, maior justiça ao caso concreto⁸.

O recurso transformou-se em uma boa desculpa para o réu sem razão protelar a definição da causa. [...] Nas hipóteses de ‘causas de maior simplicidade’ não há razão para se insistir em um duplo juízo sobre o mérito. [...] a falta de racionalidade no uso do duplo grau – ou sua sacralização – retira do Poder Judiciário a oportunidade de responder mais pronta e efetivamente aos reclamos do cidadão (MARINONI, 2011, p. 491).

O duplo grau de jurisdição, todavia, não é acolhido em sede de recursos excepcionais. Como visto, a finalidade primordial do princípio é garantir a justiça do caso concreto; a função dos recursos excepcionais, conforme será melhor delineada no item 2.1 deste trabalho, é a aplicação uniforme do direito objetivo, colocando em segundo plano a justiça do caso concreto. São, portanto, institutos com *funções complementares*.

Dada a finalidade dos “recursos *extraordinários*” [...] e por força da competência exercida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸ Essa conclusão parte da premissa de que, nas hipóteses em que já houve pronunciamento dos tribunais de sobreposição a respeito da matéria, os juízes de primeiro grau seguem a orientação jurisprudencial.

Tribunal de Justiça em seu julgamento, o “princípio do duplo grau de jurisdição” não se aplica porque a pressuposição do sistema é que os recursos anteriores – cuja interposição é pressuposto de admissibilidade daqueles – tenham tido condições suficientes e adequadas de estabelecer, com segurança e definitividade, as premissas fáticas do caso a ser julgado (BUENO, 2010, p. 44).

Apesar disso, o estudo a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição é indispensável para a compreensão do conceito de recursos e de seus efeitos.

1.1.2 Princípios dispositivo e inquisitivo

Os órgãos jurisdicionais, salvo em determinados casos⁹, são inertes. Por isso, em observância ao *princípio dispositivo*, cabe à parte a iniciativa de provocar a função jurisdicional¹⁰ (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 63).

Tanto a dedução de uma pretensão em juízo quanto a extensão do objeto litigioso fica a cargo da parte (AMENDOREIRA JR., 2013, p. 1107), porquanto isso está no seu plano de *disposição*, no qual o demandante atua com liberdade. Isso também se aplica à esfera recursal, pois há livre disponibilidade da parte em decidir se irá recorrer e, caso o faça, quais capítulos da decisão serão objeto de impugnação.

Essa limitação estabelecida pelas partes definirá a atuação do magistrado, pois este decidirá a lide nos limites em que ela foi proposta¹¹, de acordo com o *princípio da congruência*, sob pena de a decisão proferida ser viciada (MARTINS, 2004, p. 186).

Em contrapartida, algumas questões e matérias não estão ao alcance das partes e, por independermos da vontade dos litigantes, estão fora do princípio dispositivo, conectando-se com o *princípio inquisitivo* (DIDIER JR., 2011, p. 81).

Este está ligado à ideia de que o magistrado não é mais um mero espectador do litígio que lhe é apresentado, sendo-lhe atribuído o *poder-dever* de dar andamento ao processo e, inclusive, de analisar determinadas questões que, por sua natureza, garantem a unidade do processo (MARTINS, 2004, p. 188).

⁹ Tem-se como exemplo dessa exceção a instauração de ofício do processo de inventário (CPC, art. 989).

¹⁰ Art. 2º do CPC. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

¹¹ Art. 128 do CPC. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460 do CPC. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Em que pese a iniciativa dos processos caber à parte, durante a tramitação do feito, “convivem o princípio inquisitivo e o seu oposto, o dispositivo, que se alternam e se equilibram no modo como ao juiz se atribuem mais deveres ou menos e às partes, maior ou menos volume de ônus” (DINAMARCO, 2009, p. 640).

Essa convivência dos princípios dispositivo e inquisitivo verifica-se facilmente no direito probatório, pois o poder instrutório do juiz é paralelo ao poder das partes (CPC, art. 130). Cita-se como exemplo o fato de que tanto as partes podem requerer quanto o juiz pode determinar, de ofício, a realização de prova pericial (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 286).

É por isso que não se pode falar em um sistema unicamente dispositivo ou inquisitivo, sendo mais adequado “falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc” (DIDIER, 2011, p. 82).

1.1.3 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

Em decorrência do princípio dispositivo, o magistrado fica limitado aos pedidos fixados pela parte, inclusive em sede recursal. E como o objetivo imediato daquele que interpõe o recurso é a melhora de sua situação prática, o tribunal não pode, ao julgá-lo, proferir decisão que implique piora da condição do recorrente, pois não houve pedido nesse sentido (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 87).

A piora a que se refere o princípio é no plano prático da vida do recorrente, o que não acontecerá caso o tribunal modifique tão somente a fundamentação da decisão, mantendo o seu dispositivo (NERY JUNIOR, 1997, p. 154).

Logo, o recurso só poderá beneficiar aquele que recorreu, porque se presume que, se não houve recurso contra a decisão, a parte tacitamente se conformou com o teor do julgado, não podendo o magistrado extrapolar os limites do pedido recursal e julgar de ofício. É esse, em suma, o conteúdo do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, o qual está intimamente ligado ao efeito devolutivo dos recursos e, consequentemente, ao princípio dispositivo (BUENO, 2010, p. 61).

Em que pese não haver disposição expressa a respeito,

Funda-se a proibição da *reformatio in pejus* em dois pilares: de um lado, o princípio dispositivo, tão intenso no grau recursal quanto na formação do processo na origem, e, neste particular, deita raízes no direito fundamental do devido processo; e, de outro, o interesse exigido para impugnar as decisões judiciais (ASSIS, 2013, p. 119).

Deve-se ter em mente que se trata da hipótese em que não haja pedido para a piora. Caso haja sucumbência recíproca e ambas as partes impugnem a decisão no mesmo ponto, o magistrado poderá agravar a situação de uma delas, o que acontecerá por conta do pedido formulado pela parte contrária. Não há, aí, qualquer vedação, pois o magistrado ficou adstrito aos pedidos formulados (YOSHIKAWA, 2011, p. 108).

Também não há reforma para pior nos casos em que o tribunal julga com fulcro na teoria da causa madura (§ 3º do art. 515 do CPC¹²) Isso porque, nesta hipótese, o tribunal não está, efetivamente, reformando a decisão, mas julgando originariamente a causa. Trata-se, pois, de exame e não de reexame da causa (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2007, p. 799).

Da mesma forma, não há violação ao princípio em questão no caso de declaração de inconstitucionalidade da norma ou da análise das demais questões que sejam de ordem pública e, por isso, podem ser conhecidas de ofício. Isso será objeto de exame no item 1.2.2 deste trabalho.

Estudados os princípios mais relevantes para este trabalho, passar-se-á a relacioná-los aos recursos cíveis e aos seus efeitos.

1.2 Recursos e seus efeitos

O duplo grau de jurisdição, via de regra¹³, é alcançado mediante a interposição de recursos, os quais são uma extensão e decorrência do *direito público e subjetivo de ação ou de defesa*. Segundo Didier Jr. e Cunha, “o direito ao recurso é conteúdo do direito fundamental de ação” (2013, p. 20).

Compilando os conceitos expostos por Nery Junior (2004, p. 204-205) e por Barbosa Moreira (2008, p. 233), os recursos podem ser definidos como remédios processuais *voluntários* que a lei federal coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de terceiros interessados, para que, *dentro do mesmo processo*, promova-se

¹² Art. 515. [...]

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

¹³ O duplo grau de jurisdição pode ser atingido também pelo reexame necessário, conforme estabelece o art. 475 do CPC.

a reforma, a anulação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial impugnada.

A principal característica dos recursos, além da voluntariedade, é a de que a irresignação não faz surgir um novo processo, mas ocorre *dentro da mesma relação processual*¹⁴. Isso porque, “antes de ser definitiva, de ser ou de tornar-se irrecurável, a sentença ainda não constitui exoneração do Estado; portanto, *ainda existe a relação jurídica processual*” (MIRANDA, 2002, p. 18).

Diferem-se, portanto, das *ações impugnativas autônomas*, como a ação rescisória e o mandado de segurança contra ato judicial, pois estas originam a uma nova relação processual (JORGE, 1999, p. 49).

Da interposição e do julgamento dos recursos surgem consequências jurídicas no plano processual, que são os chamados *efeitos dos recursos*. A doutrina diverge acerca da classificação de tais efeitos, mas neste trabalho adotar-se-á a distinção feita por Bueno (2006, p. 69). O autor diferenciou os efeitos relativos à interposição do recurso (obstativo, suspensivo, regressivo e diferido) daqueles referentes ao julgamento do recurso (devolutivo, translativo, expansivo e substitutivo). Analisar-se-á, brevemente, cada um deles.

O efeito *obstativo* diz respeito ao prolongamento da relação processual, mantendo-se a litispendência até que o recurso seja julgado. Adia-se, por isso, o surgimento da coisa formal e, quando se trata de provimento acerca do mérito, o da coisa julgada material (ASSIS, 2013, p. 241).

A interposição de alguns¹⁵ recursos também posterga a produção de efeitos da decisão impugnada para depois do seu julgamento, impedindo que nesse ínterim proceda-se a execução. A denominação do efeito como *suspensivo* pode levar à equivocada ideia de que a eficácia da decisão proferida foi interrompida pelo recurso. Na verdade, a decisão impugnável por meio de recurso com efeito suspensivo não tem eficácia desde a prolação, situação que perdurará até o julgamento daquele

¹⁴ “A relação jurídica processual é uma só, desde a citação (ou do despacho, se não há angularidade), até a última decisão do recurso em que se tenha tomado conhecimento dele. A relação mesma estende-se, pelo recurso, até a superior instância: a cognição do recurso é declarativa de tal extensão” (MIRANDA, 2002, p. 23).

¹⁵ Alguns recursos não têm efeito suspensivo. São eles: o agravo, os recursos especial e extraordinário (CPC, art. 542, §2º), os embargos de declaração e, em algumas hipóteses, a apelação (CPC, art. 520).

(PIMENTEL, 2011, p. 58). Deve-se fazer a ressalva quanto à atribuição superveniente de efeito suspensivo pelo relator ao agravo de instrumento (CPC, art. 558), hipótese em que a decisão que era eficaz será suspensa.

Ainda, em alguns casos¹⁶, a interposição do recurso permite que o magistrado prolator da decisão retrate-se, o que se convencionou chamar de efeito *regressivo*.

O efeito *diferido*, como o próprio nome diz, refere-se à hipótese em que “a eficácia do recurso interposto fica diferida no tempo” (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 96), pois depende da interposição de outro recurso contra outra decisão. É o caso dos recursos interpostos adesivamente (CPC, art. 500).

O julgamento dos recursos produz o efeito *devolutivo* e o *translativo*, os quais têm maior relevância para a conclusão deste trabalho, motivo pelo qual serão tratados em itens separados (1.2.1 e 1.2.2).

Em algumas hipóteses, que são exceções no direito brasileiro, o julgamento do recurso pode ir além da decisão recorrida ou da pessoa do recorrente, ensejando decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada (NERY JUNIOR., 2004, p. 477). Trata-se do efeito *expansivo*, o qual tem íntima relação com os efeitos devolutivo e translativo, que serão abordados a seguir.

Por fim, tem-se o efeito *substitutivo*. Como a decisão proferida pelo juízo *ad quem* não pode coexistir com a prolatada pelo juízo *ad quo*, aquela substituirá a impugnada, “ainda que a decisão do tribunal confirme a decisão recorrida sem nada alterar em sua essência” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 516). Este efeito terá relevância para o estudo a ser feito no item 2.3 deste trabalho.

Neste ponto, o objetivo era enumerar brevemente os principais efeitos decorrentes da interposição e do julgamento dos recursos sem, porém, ter a intenção de exaurir o conteúdo, que é amplo e demandaria um trabalho específico para abordá-lo. Como mencionado anteriormente, há ainda dois efeitos que precisam ser tratados de forma mais detida, por serem essenciais para a tese defendida neste trabalho. O primeiro deles é o *efeito devolutivo*.

¹⁶ Permite a possibilidade de retratação o agravo (CPC, art. 523, § 2º), o agravo interno e o regimental, a apelação interposta com fulcro no art. 198, VII, da Lei n. 8.069/90 e nos arts. 285-A, § 1º e 296, ambos do CPC, os embargos de declaração, além de os recursos especial e extraordinário repetitivos (CPC, arts. 543-B, § 3º e 543-C, § 7º).

1.2.1 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo diz respeito à transferência da matéria impugnada ao conhecimento do órgão *ad quem* para que se proceda o reexame da decisão. Como a essência do recurso é buscar a revisão da decisão, o *efeito devolutivo é inerente à própria ideia de recurso*.

O efeito devolutivo, dizem os especialistas da matéria, caracteriza o recurso como tal. É de sua própria essência – da própria ontologia do recurso – que ele corporifique no inconformismo de alguém diante de uma situação mais prejudicial ou menos benéfica do que, legitimamente, se poderia esperar, criada por uma decisão judicial na *mesma* relação processual (BUENO, 2006, p. 79).

Também é íntima a relação entre o efeito devolutivo e os recursos por serem estes remédios *voluntários*. Em virtude dessa característica, têm como fundamento o *princípio dispositivo*, segundo o qual fica a cargo das partes o início e o impulso processual, inclusive em fase recursal, conforme abordado no item 1.1.2 deste trabalho.

Neste ponto, o efeito devolutivo será estudado de maneira genérica e, por isso, muitas vezes utilizará como parâmetro a apelação, que é o recurso por excelência¹⁷. Contudo, no segundo capítulo (item 2.2.1), abordar-se-ão as peculiaridades do efeito nos recursos excepcionais.

Antes de examinar a extensão e a profundidade do efeito devolutivo, é preciso fazer a ressalva de que parte da doutrina¹⁸ entende que o referido efeito só se opera quando a matéria é transferida a órgão *hierarquicamente superior*, já que quando remetido ao próprio juiz prolator da decisão, o efeito que se opera é o *regressivo*, sobre o qual se tratou no item 1.2 deste estudo.

Todavia, o entendimento que se adotará neste trabalho é o de que a devolução ocorre inclusive nos casos em que o recurso é dirigido ao próprio juiz que prolatou a decisão.¹⁹ Isso porque o objetivo da impugnação é que o Poder Judiciário, visto em

¹⁷ Uma das provas dessa afirmação é que o CPC colocou a maioria das disposições gerais sobre os recursos no capítulo referente à apelação.

¹⁸ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 259; PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 59; SILVA, Ovídio Araújo da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 238.

¹⁹ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 250; BARIONI, Rodrigo. Efeito devolutivo da apelação civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 43; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de

sua unidade, manifeste-se novamente sobre a questão, revisando o pronunciamento antes emitido.

Em última análise, o que o recorrente pretende é promover outro pronunciamento do Poder Judiciário em face da matéria decidida [...]. Esse, normalmente, é outro que não o *a quo*, mas poderá ser, excepcionalmente, o mesmo. A devolução, assim, deve ser entendida em face do Poder Judiciário, em sua estrutura e unidade: o recorrente provoca, novamente, a manifestação do Poder Judiciário a respeito da matéria controvertida, por via do recurso hábil (LIMA *apud* BARIONI, p. 41).

Tendo em vista que o efeito devolutivo verifica-se com a transferência da matéria para um novo exame, é inócua a exigência que isso se dê por órgão hierarquicamente superior, já que a própria legislação estabelece que, em determinadas hipóteses, a nova análise será feita pela mesma autoridade (APRIGLIANO, 2003, p. 109). É o caso, por exemplo, dos embargos de declaração e dos embargos infringentes de alçada, previstos na Lei de Execução Fiscal²⁰.

O conteúdo da decisão impugnada também não tem relevância para conceituar o efeito devolutivo. Afinal, “há efeito devolutivo ainda que a matéria devolvida ao reexame não seja de mérito” (BARIONI, 2007, p. 38), uma vez que o recurso pode ter como objeto não só o mérito da causa, mas também questões preliminares e prejudiciais.

Os limites objetivos do efeito devolutivo devem ser analisados sob duas perspectivas: no *plano horizontal*, em relação a sua extensão; e no *plano vertical*, quanto a sua profundidade. Segundo Barbosa Moreira,

delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar (2008, p. 430).

A *extensão* do efeito devolutivo diz respeito à *matéria impugnada*. É através da irrisignação, manifestada nas razões recursais, que o recorrente delimitará o objeto recursal. Isso porque a devolução é feita à medida que é requerida, segundo a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, confirmada no art. 515, *caput*, do CPC²¹. “O

direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 3., p. 171.

²⁰ Art. 34 da Lei n. 6.830/80. Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. [...]

§ 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

²¹ Art. 515 do CPC. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

efeito devolutivo, portanto, pressupõe sempre o ato de impugnação” (WAMBIER, 2008, p. 346).

Muito embora o brocardo jurídico refira-se à apelação e o artigo mencionado esteja localizado no Capítulo II do CPC (Da Apelação), a conclusão deve ser estendida a qualquer recurso, já que o efeito devolutivo é reflexo do princípio dispositivo, inerente a todos os recursos (ASSIS, 2013, p. 249).

A delimitação da matéria impugnada resultará no *mérito recursal*, que nem sempre será igual ao mérito da causa (WAMBIER, 2008, p. 346).

Primeiro porque, em virtude do *princípio da dialeticidade*, o recurso deve atacar os fundamentos da decisão recorrida. Ou seja, deve impugnar os desacertos processuais e materiais do julgado e não simplesmente repetir a pretensão inicial. Em virtude disso, é possível que o mérito recursal tão somente pleiteie a anulação da sentença, por exemplo, pela ocorrência de alguma nulidade (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 103).

Segundo porque o ordenamento permite que o recurso seja *parcial* (CPC, art. 505²²). Neste caso, a irresignação referir-se-á a algum ou alguns dos capítulos da sentença²³, restringindo o objeto litigioso. Em relação aos demais capítulos, a respeito dos quais a parte tacitamente se conformou, incide a preclusão consumativa do direito de recorrer, impedindo o magistrado de analisá-los, salvo se forem dependentes do impugnado ou se digam respeito a questões de ordem pública.

A *profundidade* do efeito devolutivo, por sua vez, refere-se às questões e aos fundamentos que podem ser objeto de apreciação durante o julgamento do recurso.

O recurso devolve ao órgão *ad quem* não apenas as questões tratadas na sentença e as contidas nas razões recursais, mas também aquelas que foram suscitadas e discutidas durante o processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, conforme estabelece o art. 515, § 1º, do CPC²⁴.

²² Art. 505 do CPC. A sentença pode ser impugnada no todo ou em parte.

²³ Entende-se por capítulo da sentença as “unidades autônomas do decisório da sentença” (DINAMARCO, 2013, p. 36).

²⁴ Art. 515 do CPC. [...]

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

O objetivo da norma é “possibilitar o conhecimento, pelo órgão *ad quem*, de todos os elementos que estavam à disposição do órgão *a quo* no momento em que este proferiu a sentença” (BARIONI, 2007, p. 150).

Preservada a imutabilidade da causa de pedir, é amplíssima, *em profundidade*, a devolução. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada: abrange também as que nela *poderiam tê-lo sido* [...]. Estão aí compreendidas: [...]

b) as questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, *a despeito* de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 446).

É importante, neste ponto, esclarecer o que são *questões suscitadas e discutidas* no processo.

Questões são “pontos duvidosos de fato ou de direito, suscitados pelas partes ou examinados *ex officio*” (DA SILVA, 2007, p. 208). São, portanto, pontos controvertidos, sobre os quais há dúvida entre as partes; sem isso, tem-se apenas *pontos suscitados* no processo, a respeito dos quais as partes convergem (MEDINA, 2012, p. 140).

A partir desse conceito de “questões”, verifica-se que, tecnicamente, a expressão “questões suscitadas e discutidas” seria pleonástica, uma vez que, para haver controvérsia entre as partes, a “questão” obrigatoriamente deve ter sido “suscitada e discutida”. Por essa razão, na segunda acepção propiciada pelo dispositivo, propugnamos sua leitura como “*pontos suscitados ou discutidos*”, de modo a conferir maior rendimento à norma. Com isso, ficam devolvidos ao exame do tribunal tanto os “pontos” (pontos suscitados) quanto as “questões” (pontos discutidos) (BARIONI, 2007, 152).

Como exemplo, cita-se a sustentação do réu de que a prova foi obtida por meio ilícito. Ainda que o magistrado *a quo* tenha julgado levando em consideração tal elemento – sem analisar a fundo a licitude da prova –, a *questão* será transferida ao tribunal em virtude da profundidade do efeito devolutivo.

Diferem-se as *questões* a que se refere o mencionado dispositivo dos pedidos formulados pela parte. Isso porque, caso o magistrado tenha deixado de analisar algum deles, estar-se-á diante de um julgamento *citra petita*, ensejando o retorno ao juízo *a quo* para manifestação (BARIONI, 2007, p. 131).

Além das questões, o efeito devolutivo também transfere ao tribunal os *fundamentos* do pedido e os da defesa, conforme prevê o § 2º do art. 515 do CPC²⁵.

²⁵ Art. 515 do CPC. [...]

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Os fundamentos do pedido referem-se às causas de pedir, enquanto que os da defesa são as razões de fato e de direito com as quais o réu pretende extinguir, modificar ou impedir o direito do autor (BARIONI, 2007, p. 155).

O magistrado, para julgar procedente o pedido, não precisa analisar todos os fundamentos trazidos pelas partes, mas apenas os que forem necessários para firmar sua convicção (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011, p. 253). Por isso, com o recurso, os fundamentos são transferidos ao tribunal, inclusive a respeito dos quais o juiz não tenha se manifestado, sem que as partes tenham que reiterá-los em suas razões ou contrarrazões recursais.

Traz-se o didático exemplo da ação de despejo fundada em duas causas de pedir: uso indevido do imóvel e falta de pagamento. Julgado procedente o pedido, em razão do uso indevido do imóvel, a apelação do réu transfere ao tribunal as duas causas de pedir. Assim, é possível que se verifique que o imóvel foi adequadamente utilizado, mas que a falta de pagamento dá ensejo ao despejo, motivo pelo qual a sentença de procedência é mantida, mas por fundamento diverso.

Portanto, é em virtude da devolução dos fundamentos do pedido e da defesa que o tribunal pode confirmar a sentença, corrigindo-lhe, porém, o fundamento (ASSIS, 2001, p. 384).

Ainda que muitas vezes tratadas de maneira idêntica, as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC são distintas.

A principal diferença entre *questões* e *fundamentos* consiste no fato de ser possível que um único *fundamento* contenha diversas *questões* a serem resolvidas. A recíproca, contudo, não é verdadeira: não há *questões* que contenham diversos *fundamentos*. Isso implica outra importante diferença entre os temas: a solução das *questões* antecede, logicamente, a decisão de acolhimento ou rejeição dos fundamentos. Para se saber se determinado fundamento será acolhido, obrigatoriamente o juiz deverá ter julgado *questões* a ele pertinentes (BARIONI, 2007, p. 155).

Bermudes (2000, p. 191) traz exemplo de uma ação de nulidade do ato jurídico fundada (a) na incapacidade do agente e (b) na ilicitude do objeto. Em relação àquela, a alegação se embasa na existência de: (a1) sentença de interdição e (a2) laudos médicos demonstrando a falta de juízo durante a prática do ato.

Caso o magistrado acolha o pedido em virtude da incapacidade do agente (a), o recurso devolverá ao tribunal o fundamento referente à ilicitude do objeto (b), na forma do § 2º do art. 515 do CPC.

Além disso, se o magistrado acolher o fundamento de incapacidade do agente (a) com base na sentença de interdição (a1), o tribunal pode decidir, quando do julgamento do recurso, pela inexistência ou nulidade da sentença de interdição e declará-la imprestável para sustentar o fundamento da incapacidade do agente. Porém, a decisão de anulação do ato jurídico pode ser mantida caso o tribunal decida pela existência da incapacidade do agente diante dos documentos (a2), os quais não foram objeto de análise do juiz de primeiro grau. Nesta hipótese, incidirá o § 1º do art. 515 do CPC.

Todavia, a maior controvérsia a respeito da profundidade do efeito devolutivo cinge-se à hipótese do art. 516 do CPC²⁶.

Antes da Lei n. 8.950/94, o dispositivo²⁷ estabelecia que ficavam submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença final, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento.

Com isso, Nery Junior sustentava que o dispositivo referia-se à “translação do juízo *ad quem* das questões *decididas*, que não se encontravam acobertadas pela preclusão (questões de ordem pública)” (2004, p. 483). Era o fundamento para o efeito translativo dos recursos, que será abordado detidamente no item 1.2.2.

Alterada a redação do artigo, o professor paulista afirma que “a norma continua padecendo do mesmo erro técnico e lógico do texto revogado: o novo texto é inócuo e pleonástico, porque as questões não decididas já estão devolvidas ao tribunal por força do art. 515, do CPC” (1997, p. 411).

Todavia, acolhe-se aqui a lição de Barbosa Moreira a respeito da norma:

O art. 516 diz respeito a questões “anteriores à sentença”, isto é, a questões incidentes, que antes dela não apenas foram (ou poderiam ser sido) suscitadas, mas eram *passíveis de apreciação* (em decisão interlocutória); *não* diz respeito a questões cuja solução possa influir no teor do julgamento, no sentido em que se vai sentenciar, e por isso devam ser enfrentadas *na própria fundamentação da sentença*. Esquecer tal diferença é perder-se em labirinto sem saída (2008, p. 452).

Enquanto as questões tratadas pelo art. 515, § 1º, do CPC influenciam a fundamentação e são premissas lógicas da decisão de mérito (APRIGLIANO, 2003, p. 180), as abordadas pelo art. 516 do CPC referem-se a pontos controvertidos que,

²⁶ Art. 516 do CPC. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.

²⁷ Art. 516 do CPC (redação anterior à Lei n. 8.950/94). Ficam também submetidas ao tribunal aos questões anteriores à sentença final, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento.

apesar de relevantes, não têm o condão de modificar a análise do direito material envolvido.

Além disso, a incidência do dispositivo e a transferência da matéria para o tribunal pressupõe que a questão não tenha sido analisada na origem. É o caso, por exemplo, da impugnação ao valor da causa e ao benefício da justiça gratuita que deixou de ser apreciada.

Exposta a profundidade do efeito devolutivo, percebe-se que a transferência das questões e dos fundamentos ao tribunal não está no âmbito de disposição das partes, mas decorre de lei (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 120). Afinal, os litigantes não podem delimitar quais questões de fato e de direito poderão ser analisadas pelo tribunal e quais não. Essa devolução decorrente de lei, todavia, se dá na medida da extensão fixada pela parte nas razões recursais. Ou seja, devolver-se-ão as questões suscitadas e discutidas, bem como os fundamentos que digam respeito *ao capítulo impugnado*, salvo as questões de ordem pública (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 95).

Essas são, em linhas gerais, as questões mais importantes no que se refere ao efeito devolutivo. O segundo efeito recursal que deve ser estudado com mais detalhes é o *translativo*.

1.2.2 Efeito translativo

Não apenas as matérias transferidas em virtude do efeito devolutivo podem ser objeto de análise pelo órgão *ad quem*. Em determinadas situações, cabe ao tribunal julgar fora e além do que foi objeto do recurso, sem que isso implique julgamento *extra* ou *ultra petita*, nem *reformatio in pejus*. É o caso das matérias de ordem pública.

O efeito translativo, que se relaciona com o princípio inquisitório, autoriza o juiz ou tribunal a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso. Refere-se, o mencionado efeito, ao conhecimento de questões de ordem pública, que deve ser examinada de ofício pelo juiz e é insusceptível de preclusão, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC (OLIVEIRA, 2002, p. 70).

Parcela da doutrina²⁸ entende que o *efeito translativo* confundir-se-ia com a profundidade do efeito devolutivo, sendo a distinção meramente teórica, uma vez que

²⁸ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 260; BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 42; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 3., p. 94.

todas as matérias, quer de ofício quer não, seriam transferidas ao tribunal em virtude da impugnação ofertada.

Nery Junior, que introduziu o termo no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, estabelece a diferença de que, enquanto o efeito devolutivo decorre do princípio dispositivo, o translativo tem como fundamento o princípio inquisitivo (2004, p. 484).

Rigorosamente, a possibilidade de o órgão *ad quem* examinar de ofício as questões de ordem pública não é decorrência do efeito devolutivo dos recursos em sentido estrito, nem pela atuação do princípio dispositivo. É, sim, decorrência do efeito translativo [...] (WAMBIER, 2007, p. 246).

É certo que o efeito translativo existe em função do efeito devolutivo. Afinal, só é possível o tribunal atuar de ofício porque, em relação a algum capítulo, houve impugnação. Caso contrário, estar-se-ia falando de um “reexame necessário” em todos os processos, o que é incompatível com a ideia de inércia da jurisdição e de duração razoável do processo.

Contudo, acredita-se ser mais adequada a distinção realizada por Nery Junior, tendo em vista que o princípio inquisitivo autoriza o tribunal a expandir não só a profundidade do efeito devolutivo, mas também sua própria extensão (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 197).

Independentemente da denominação dada, cabe ao tribunal a análise das matérias de ordem pública de ofício. É preciso delimitar, então, o que são *matérias de ordem pública*.

As normas de ordem pública processual são aquelas que visam assegurar o correto exercício da jurisdição, sem atenção destinada de maneira direta aos interesses das partes envolvidas na lide (MAGONE, 2013, p. 127).

Tais questões desafiam uma relação de direito público, que envolve de maneira imediata e prevalente um interesse de caráter geral. Quando surge uma questão de ordem pública num processo, há o predomínio das coisas do Estado em detrimento do interesse particular das partes (BOCCUZZI NETO, 2007, P. 443).

Dizem respeito, portanto, à manutenção da unidade do poder-dever de o Estado resolver conflitos e promover a pacificação social, tendo em vista a noção publicista do processo. Por isso, tais questões ficam *alheias ao poder de disposição*

Ressalta-se a posição de Assis: “Percebe-se, então, que a extensão da devolução (total ou parcial) prende-se à iniciativa da parte; a profundidade da devolução, ao invés, em larga medida permite a atuação *ex officio* do órgão judiciário” (2013, p. 254).

das partes, “sendo que nesse tocante o aspecto volitivo é absolutamente irrelevante e não atuante” (ROSA, 2006, p. 30).

No âmbito do direito processual civil, as matérias de ordem pública, de *caráter impositivo, irrenunciável e indisponível*, “são voltadas a três ordens de situações reconhecidos pela doutrina clássica: direito de ação, direito ao processo e direito ao procedimento, todos legalmente estabelecidos” (ROQUE, 2011, p. 280), que correspondem às condições da ação, aos pressupostos processuais e às nulidades absolutas, respectivamente.

Apesar de algumas dessas matérias terem sido positivadas na legislação, não há um rol exaustivo de quais delas são ou não de ordem pública. Por ser um termo juridicamente indeterminado, para reconhecê-las é preciso fazer uma análise sistemática e aferir se a questão diz respeito à observância dos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal. Se assim o for, caberá ao magistrado atuar de ofício para sanar eventuais irregularidades e retomar a ordem pública do processo, em qualquer grau de jurisdição, pois elas “são imunes ao instituto da preclusão processual” (ORTIZ, 2005, p. 128).

Embora toda matéria de ordem pública seja examinável de ofício, o inverso não é verdadeiro, ou seja, *nem toda matéria conhecida de ofício é questão de ordem pública* (WAMBIER, 2007, p. 165). É o caso, por exemplo, das prestações periódicas (CPC, art. 290), dos juros legais (CPC, art. 293), das astreintes (CPC, art. 461, § 5º), que, apesar de poderem ser analisados sem requerimento das partes, não são matérias de ordem pública, por não dizem respeito, a fundo, ao devido processo legal.

Cabendo ao magistrado a manutenção da ordem pública, é possível que o tribunal extinga o feito, sem resolução de mérito, durante o julgamento do recurso interposto contra sentença de mérito. Toma-se como exemplo a sentença de parcial procedência que condenou o réu ao pagamento de indenização a título de danos morais, sendo o recurso interposto pelo autor para majorar a verba. O tribunal, ao julgá-lo, reconheceu a carência da ação.

A primeira questão a ser analisada é: o reconhecimento da carência da ação atingirá apenas o capítulo recorrido ou o feito como um todo?

Parcela da doutrina entende que, em relação ao capítulo não recorrido, a decisão do tribunal não surtirá efeito, porquanto já teria havido a formação da coisa julgada material. Assim, “o reconhecimento da questão de ordem pública atinge

apenas o capítulo (a parte) de sentença impugnada no recurso” (NOLASCO, 2006, p. 462).

Nesse sentido é o ensinamento de Barbosa Moreira:

Quaisquer questões preliminares, embora *comuns* à parte impugnada e à parte não-impugnada da decisão, só com referência àquela podem ser apreciadas pelo tribunal do recurso. Suponhamos, v.g., que a sentença, repelindo a alegação de faltar ao autor *legitimatío ad causam*, condene o réu ao pagamento de *x*. Apela o vencido unicamente para pleitear a redução do *quantum* a *y*. Ainda que o órgão *ad quem* se convença da procedência da preliminar – que em princípio, como é óbvio, levaria à declaração da *carência da ação* quanto ao pedido *todo* –, já não lhe será lícito pronunciá-la senão no que respeita a *x-y*, única parcela que, por força do recurso, se submete à cognição do juízo superior (2008, p. 357).

Adota-se, todavia, o entendimento de que, caso o tribunal reconheça a carência da ação, a decisão atingirá também a parte que não foi objeto de recurso. Isso porque a extinção não ocorre em razão da profundidade do efeito devolutivo, a qual está limitada à impugnação, mas em função do efeito translativo do recurso²⁹ (WAMBIER, 2005, p. 206). Afinal, a manutenção da ordem pública processual por parte do magistrado não pode ficar condicionada à atuação da parte de definir a respeito de quais parcelas da sentença haverá o reconhecimento de uma nulidade absoluta, por exemplo (BARIONI, 2007, p. 109).

A segunda questão é: ao ver a decisão de parcial procedência ser substituída por uma decisão terminativa, não estaria acontecendo *reformatio in pejus*?

Como já estudado no item 1.1.3 deste trabalho, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* impede que o julgamento represente agravamento na situação prática do único recorrente, estando intimamente ligado ao princípio dispositivo.

Como o reconhecimento da carência da ação pelo tribunal, de ofício, não decorre do princípio dispositivo, mas do inquisitivo, sequer seria correto afirmar que houve *reformatio in pejus* (APRIGLIANO, 2003, p. 169). Todavia, há de se convir que, na prática, o recorrente, que tinha uma sentença de procedência em seu favor, teve sua situação agravada, causando-lhe prejuízo.

Esse agravamento, porém, é permitido por lei, “já que a matéria é transladada ao conhecimento do tribunal independentemente de qualquer manifestação de vontade da parte” (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 545). Isso porque as questões de

²⁹ Fica clara, por esse motivo, a importância de reconhecer o efeito translativo como um efeito autônomo, e não mera decorrência da profundidade da devolução.

ordem pública devem prevalecer aos interesses individuais dos litigantes, porquanto visam salvaguardar a unidade da jurisdição.

Esta é a razão pela qual é perfeitamente lícito ao tribunal, por exemplo, extinguir o processo sem julgamento do mérito, em julgamento de apelação contra sentença de mérito interposta apenas pelo autor, não ocorrendo aqui *reformatio in pejus* proibida: há, em certa medida, reforma para pior, mas permitida por lei, pois o exame das condições da ação é matéria de ordem pública a respeito da qual o tribunal deve pronunciar-se *ex officio*, independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado (art. 267, n. VI e § 3º, CPC). Dizemos em certa medida porque, na verdade, nem se poderia falar de *reformatio in pejus*, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que não é o caso das questões de ordem pública transferidas ao tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso (NERY JUNIOR, 1997, p. 412).

Com a exposição do efeito translativo, encerram-se as considerações do primeiro capítulo deste trabalho, que voltará suas atenções para os chamados *recursos excepcionais*.

CAPÍTULO 2

RECURSOS EXCEPCIONAIS

Diversas são as peculiaridades dos recursos excepcionais, se comparados aos meios ordinários de impugnação. Neste capítulo, algumas dessas características serão abordadas, em especial a função, o juízo de admissibilidade e o de mérito.

2.1 Função: uniformização da interpretação das normas

O estudo a respeito dos recursos excepcionais tem início na organização do Estado federado brasileiro.

A forma de estado federativa é caracterizada pela “união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa” (DA SILVA, 2011, p. 99), ou seja, união de estados-membros com capacidade normativa em determinadas matérias reservadas a sua competência.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos da América, a formação da federação brasileira não surgiu com a cessão, por parte dos estados-membros, de parcela da soberania para um órgão central, mas sim com a descentralização de um estado que era unitário. Isso influenciou na autonomia dos estados federados e na amplitude de competência a eles atribuída, que é muito reduzida se comparada à da União. Trata-se de um modelo *centrípeto* de federação (MENDES; BRANCO, 2012, p. 858).

Com a concentração da competência legislativa na União e com a distribuição de órgãos judicantes pelos estados-membros, cabendo a eles a aplicação da legislação federal, tornou-se praticamente impossível uma unidade de entendimento a respeito da lei federal perante os tribunais locais (MEDINA, 2012, p. 26), especialmente considerando a vasta extensão territorial do país.

Com isso, nasceu a necessidade de buscar algum mecanismo para unificar a interpretação a respeito do direito federal e das normas constitucionais no país. Importou-se, então, a ideia do *writ of error* norte-americano, o qual era dirigido à Suprema Corte e interposto contra decisões das Cortes locais quando envolviam questão federal ou constitucional (FREIRE, 2001, p. 958). Nasceu, assim, o recurso inominado, por meio do Decreto 848/1890, que posteriormente foi chamado de *recurso extraordinário*.

Todavia, considerando a ampla competência legislativa da União, o recurso extraordinário era passível de ser manejado em diversas causas, sobrecarregando o Supremo Tribunal Federal, o que veio a ser conhecida como a *crise do Supremo*.

O modelo destinava-se ao pleno fracasso, desde o início, por força de motivos variados. À primeira vista, o papel de corte de apelação das sentenças da Justiça Federal só poderia acumular feitos em número incompatível com as funções primárias de corte constitucional. E, no item que nos ocupa, a multiplicidade das competências legislativas arvoradas pela União, somada à pluralidade de órgãos judicantes competentes para aplicar as respectivas leis, a cargo dos Estados-membros, agouravam o futuro da corte, indicando a subida de numerosos recursos (ASSIS, 2013, p. 729).

Inúmeras foram as tentativas para superar a crise: a criação do Tribunal Federal de Recursos, por meio da Constituição de 1946, deixando o STF de exercer a função de segunda instância da justiça federal; o exame de admissibilidade do recurso extraordinário pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados, instituído pela Lei n. 3.396/58; a organização de súmula da jurisprudência dominante, em 1963; a implantação do controle concentrado de constitucionalidade, com a Emenda Constitucional n. 16/65; a indicação, por meio do regimento interno do STF, das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, em 1969; a arguição de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 68-76).

Foi com a Constituição Federal de 1988, todavia, que se promoveu a maior mudança no recurso extraordinário: criou-se um novo tribunal, com o dever de uniformizar a interpretação da legislação federal. Com isso, transferiu-se parcela da competência do STF para o tribunal recém-criado, com o surgimento do *recurso especial* (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 585).

Neste ponto, não se pode deixar de observar que a criação do STJ não solucionou a crise enfrentada pelo Poder Judiciário. Com o novo tribunal não se operou a diminuição de recursos destinados aos tribunais de sobreposição, mas tão somente a distribuição da carga de trabalho e a especialização das questões tratadas por cada um deles.

Analisada, brevemente, a origem de ambos os recursos, é possível perceber que eles têm uma finalidade diferenciada: a uniformização da norma constitucional e da lei federal no país. É por esse motivo que, além da função processual, exercem uma *função política* (GRECO FILHO, 2009, p. 301), qual seja, “a perpetuação eficaz do princípio federativo” (ROSA FILHO, 2007, p. 618).

O STF é o guardião da Constituição Federal³⁰ e o STJ o da legislação federal, a fim de que a norma jurídica “seja aplicada e interpretada de maneira única por todo o Judiciário” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 559).

Para tanto, os recursos excepcionais têm como enfoque a *defesa do direito objetivo*, sendo que “o inconformismo do sucumbente, apesar de relevante, perde importância diante dos objetivos de tais recursos” (MEDINA, 2012, p. 24). Nos tribunais de sobreposição, portanto, privilegia-se o direito em tese ao direito em espécie.

O direito objetivo é composto das soluções normativas previstas em tese, ao passo que o direito subjetivo é a solução normativa incorporada à situação circunstancializada de algum sujeito de direitos. O que se pode, então, entender é que a ofensa ao direito objetivo é mais perniciosa porque POTENCIALMENTE implica ou pode implicar uma pluralização das ofensas a direitos subjetivos que seriam decorrentes da regra violada, cuja eficácia fica já em tese comprometida (WAMBIER, 2001, p. 168).

Por analisarem o direito objetivo e pretenderem a garantia da unidade do sistema jurídico nacional, os recursos excepcionais encontram fundamento, principalmente, no *princípio da igualdade*. Afinal, aspiram à unificação das normas constitucionais e da legislação federal, com o intuito de que não seja dada interpretação diversa a uma mesma norma em casos semelhantes, o que implicaria violação ao princípio da segurança jurídica. Os recursos excepcionais buscam, portanto, a isonomia *perante* a interpretação judicial da lei (MARINONI, 2011, p. 149).

E como os tribunais superiores são quem dão a última palavra a respeito da interpretação da norma constitucional e do direito federal no país, os julgamentos proferidos em sede de recursos extraordinário e especial são *paradigmáticos* (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 326), devendo ser seguidos pelos demais órgãos judicantes do país.

Como analisam o direito objetivo, os recursos excepcionais diferem-se dos ordinários, pois por meio destes se busca a reanálise de lesão ou ameaça a direito subjetivo das partes e, com isso, a realização da justiça para o caso concreto. Logo,

³⁰ Apesar de certa divergência doutrinária, pode-se afirmar que, reduzido o âmbito do recurso extraordinário com a criação do STJ, o STF aproximou-se do papel exercido pelas *Cortes constitucionais* europeias, porquanto ficou responsável pela unificação da interpretação das questões constitucionais no território nacional. (NERY JUNIOR., 2009, p. 46).

diferenciam-se os recursos excepcionais, que têm como fundamento o princípio da igualdade, dos ordinários, que têm como base o *princípio do acesso à justiça*.

Dito isso, ratifica-se o exposto no tópico 1.1.1 deste trabalho: em sede de recursos excepcionais não há falar em duplo grau de jurisdição, pois o objetivo deles não é a entrega de uma prestação jurisdicional justa, mas de uma prestação igualitária entre todos aqueles que se encontram na mesma situação jurídica (BUENO, 2010, p. 44).

Muito embora os recursos excepcionais analisem o direito em tese, a insurgência não está dissociada da realidade fática exposta pelo recorrente, tendo em vista a natureza instrumental do processo. Isso porque, como muito reiterado nas decisões proferidas pelos tribunais de sobreposição, estes não são órgãos consultivos nem “um palco de desfiles de teses meramente acadêmicas” (STJ, 2007, p. 3).

Assim, apesar de não ser o objetivo precípuo, quando restabelece a correta aplicação das disposições constitucionais ou infraconstitucionais, o julgamento em sede de recursos excepcionais acaba por, indiretamente, promover a justiça para o caso concreto (BOCCUZZI NETO, 2007, p. 441).

Evidentemente que, da perspectiva da parte, a diferenciação entre recursos ordinários e excepcionais é irrelevante, uma vez que “quando se serve de qualquer recurso, o recorrente quer satisfazer a sua pretensão, pouco lhe importando a razão pela qual a lei criou o remédio de que se utiliza” (BERMUDES, 2010, p. 165).

Estudada de maneira concisa a origem dos recursos excepcionais no ordenamento, percebe-se que surgiram com a finalidade política de pacificação da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Em virtude disso, possuem características próprias no que diz respeito ao juízo de admissibilidade e ao de mérito, o que será objeto de estudo no item a seguir.

2.2 Juízo de admissibilidade

Neste tópico do trabalho estudar-se-á o juízo de admissibilidade, abordando as condições genéricas para o conhecimento dos recursos, bem como as específicas em relação aos recursos excepcionais.

Para a regular instauração da ação devem estar presentes certos requisitos, como as condições da ação e os pressupostos processuais, sob pena de o mérito não ser analisado pelo juiz da causa (PINTO, 2003, p. 47). Feitas as adequações

necessárias, a mesma exigência ocorre com o mérito recursal, tendo em vista que o “juízo de admissibilidade é categoria que pertence à teoria geral do processo”, e visa ao exame da validade do procedimento instaurado (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 43).

Positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é essencialmente *declaratório*. Ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou a inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente a *reconhece* (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 265).

O juízo de admissibilidade é obrigatório e anterior ao juízo de mérito³¹, antecedendo-o lógica e cronologicamente, uma vez que é formado por questões preliminares e prejudiciais (JORGE; RODRIGUES, 2002, p. 225). Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso será *conhecido*, podendo então ser analisado o mérito recursal.

A análise acerca da presença dos requisitos de admissibilidade é, em regra³², *bipartida*. Inicialmente, cabe ao órgão perante o qual o recurso foi interposto examinar se o recurso é admissível. Contudo, o pronunciamento definitivo será proferido pelo órgão julgador, o qual não se vincula à decisão proferida anteriormente, porquanto não há preclusão em relação à matéria, que é de ordem pública (DIAS, 2002, p. 13).

Os recursos excepcionais seguem a mesma regra, mas o exame provisório de admissibilidade é feito pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local (CPC, art. 541³³) e a decisão proferida, seja de conhecimento, seja de não conhecimento do recurso, deverá ser fundamentada (CPC, art. 542, § 1º³⁴).

³¹ Art. 560 do CPC. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.

Art. 561 do CPC. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar.

³² Não se incluem nesta regra o agravo de instrumento, que é interposto diretamente no órgão *ad quem*, os embargos de declaração, que são julgados pelo órgão que proferiu a decisão recorrida e outros recursos previstos em legislação específica.

³³ Art. 541 do CPC. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido [...].

³⁴ Art. 542 do CPC. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões.

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.

Os requisitos de admissibilidade podem ser divididos em pressupostos *intrínsecos* e *extrínsecos*, sendo que os primeiros referem-se à existência do direito de recorrer e os últimos ao exercício desse direito (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 506).

Os requisitos intrínsecos são: cabimento, legitimidade para recorrer, interesse recursal e inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer.

O *cabimento* é a imposição que o recorrente utilize, dentre as espécies recursais existentes, aquela adequada a impugnar a decisão judicial, em respeito às regras da unirrecorribilidade e da taxatividade. “Falta o requisito, assim, quando a parte interpõe *recurso contra pronunciamento irrecorrível*, ou, ainda, quando interpõe *recurso errado contra pronunciamento recorrível*” (MEDINA; WAMBIER, 2013, p. 92).

Em suma, o cabimento desdobra-se em dois elementos: a previsão legal do recurso e a sua adequação: previsto o recurso em lei, cumpre verificar se ele é adequado a combater aquele tipo de decisão. Se for positiva a resposta, revela-se, então, cabível o recurso (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 46).

Como este requisito de admissibilidade tem especial relevância para a conclusão deste trabalho, ele será aprofundado em um sub-tópico específico (2.2.1), depois de analisados os demais pressupostos.

Quanto à *legitimidade recursal*, o art. 499 do CPC estabelece que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. Assim, detém legitimidade para impugnar o pronunciamento judicial “todos que tenham participado, ainda que limitadamente, de uma parcela do contraditório” (GRECO, 2009, p. 307), ou poderiam tê-lo feito.

Tem *interesse recursal* aquele que demonstra a *utilidade* de interpor o recurso para obter algum proveito do ponto de vista prático e a *necessidade* de que a via recursal seja a única maneira para tanto (NERY JUNIOR, 2004, p. 315).

Os *atos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer* são atos das partes, anteriores ou posteriores à interposição do recurso, que são incompatíveis com o ato de recorrer, ocorrendo a preclusão lógica. É o caso da desistência (CPC, art. 501), da renúncia (CPC, art. 502) e da aquiescência (CPC, art. 503), que não serão abordadas especificamente por extrapolarem o objeto deste trabalho.

Os requisitos extrínsecos são: tempestividade, regularidade formal e preparo.

A *tempestividade* é a exigência de que “o recurso seja interposto dentro do prazo peremptório estabelecido em lei, sob pena de operar-se a preclusão temporal” (PIMENTEL, 2011, p. 153). Nos recursos excepcionais, o prazo para interposição é de quinze dias, conforme estabelece o art. 508 do CPC³⁵, a contar da data em que o acórdão for publicado no Diário de Justiça, como prevê o art. 506, III, do CPC³⁶.

Para ser conhecido, o recurso deve seguir determinados *requisitos formais*, como por exemplo a representação da parte por advogado, a impugnação especificada da decisão recorrida, além do pedido de nova decisão (CPC, art. 514). Não obstante, nos recursos excepcionais é indispensável que, já na peça de interposição recursal, seja esclarecido em quais alíneas dos arts. 105 e 102 da CRFB o recurso se fundamenta (FREIRE, 2001, p. 979).

O *preparo* refere-se aos gastos a serem arcados pelo recorrente no ato de interposição do recurso³⁷ para que o procedimento recursal se desenvolva, sob pena de deserção (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 510). Em relação ao recurso especial, inclusive, o enunciado n. 187 da súmula do STJ estabelece que “é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”³⁸.

Apontados os requisitos genéricos de admissibilidade, passar-se-á ao estudo daqueles que têm certas peculiaridades nos recursos excepcionais.

³⁵ Art. 508 do CPC. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de quinze dias.

³⁶ Art. 506 do CPC. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: [...]

III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial.

³⁷ Art. 511 do CPC. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

³⁸ Faz-se a ressalva referente ao processo eletrônico, em que fica dispensado o pagamento das despesas de remessa e retorno dos autos. Ademais, o § 2º do art. 511 do CPC refere-se à hipótese de insuficiência do valor do preparo e não de ausência total de pagamento ou de comprovação deste.

2.2.1. Cabimento

Em decorrência da função política exercida pelos recursos excepcionais, as hipóteses em que eles podem ser manejados são taxativamente previstas na Constituição Federal, nos arts. 102³⁹ e 105⁴⁰, e não no Código de Processo Civil.

[...] no CPC encontramos apenas a parte que diríamos *procedimental* (prazo, preparo, modo de interposição, contraditório no juízo de admissibilidade no Tribunal *a quo*, agravo de despacho que nega seguimento), dado não haver, na matéria, maior espaço para o legislador ordinário federal – CF, art. 22, I. No mais, isto é, no que concerne ao *fundamento*, ao *mérito*, ao *fulcro* desses recursos, as leis processuais se calam, porque os Tribunais Superiores é que verificarão esses aspectos, à luz dos permissivos constitucionais [...] (MANCUSO, 2007, p. 192).

O *fundamento* dos recursos excepcionais, previsto na Constituição, é o que consta nas alíneas *a* dos referidos incisos, enquanto nas outras alíneas constam as hipóteses de cabimento que dela decorrem (MEDINA, 2012, p. 78). Logo, o fundamento do recurso extraordinário é a *contrariedade* da decisão recorrida à norma constitucional, ao passo que o do recurso especial é a *negativa de vigência ou contrariedade* do acórdão à lei federal ou a tratado.

Em relação ao recurso extraordinário, o texto constitucional utiliza-se o termo “contrariar dispositivo desta Constituição”, mas ao tratar do recurso especial vale-se da expressão “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

O termo “contrariar” tem maior abrangência do que o “negar vigência” (ASSIS, 2013, p. 834). Enquanto este expressa a não aplicação do preceito legal, por

³⁹ Art. 102 da CRFB. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁴⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

ignorar sua incidência no caso concreto, aquele contém a negativa de vigência, além da aplicação errônea ou interpretação incorreta do dispositivo (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 116).

Contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie* (MANCUSO, 2007, p. 240).

A questão não é simples, havendo divergência doutrinária sobre a matéria. Enquanto Didier Jr. e Cunha afirmam que “*contrariar* soa como mais grave do que *negar vigência*” (2013, p. 327), Medina sustenta que “*negativa de vigência* é, em princípio, violação mais grave do que *contrariedade* à norma jurídica” (2012, p. 80).

O que se observa é que, para o cabimento dos recursos especial e extraordinário, é preciso haver, na decisão recorrida, *questão federal* e *questão constitucional*, respectivamente. Conforme apontado no item 1.2.1 deste trabalho, o termo “questões” refere-se a pontos sobre os quais houve controvérsia durante o processo (BARIONI, 2007, p. 152), a qual pode ter sido suscitada pelas partes ou pelo próprio magistrado, que a resolverá no acórdão recorrido (MEDINA, 2012, p. 141).

A *questão federal* deve referir-se à aplicação ou incidência de tratado ou lei federal. Esta não compreende toda norma proveniente da atividade legislativa do Congresso, pois algumas delas não são *leis*, como as portarias ministeriais e as resoluções administrativas (CARNEIRO, 2011, p. 31). E não é demais esclarecer que a violação as leis *locais*, por não serem aplicadas em todo o país, não pode ser arguida via recurso especial.

Por sua vez, a *questão constitucional* deve referir-se à aplicação ou incidência de norma constitucional. Para que o ponto controvertido dê ensejo à interposição de recurso extraordinário é preciso haver uma violação *direta*⁴¹ a determinado preceito constitucional, ou seja, sem que haja necessidade de se averiguar a aplicação de

⁴¹ É preciso registrar a crítica feita por Miranda Oliveira: “[...] Assim entendendo, a referida Corte deixa de lado a sua primeira missão, que é a de atuar como guardião da Carta Magna do País. Mas como poderá guardar a Constituição se não pode verificar a correta aplicação de uma série de dispositivos constitucionais, que foram regulados por leis infraconstitucionais? Além disso, pela sua própria natureza, as normas constitucionais são altamente abstratas e genéricas, necessitando quase sempre de regulamentação legal. Assim, a aplicação de tal posicionamento, se levada ao extremo, pode importar na inadmissão de todos, ou quase, os recursos extraordinários” (2013, p. 117).

norma infraconstitucional para, então, aferir a dita violação constitucional⁴² (ASSIS, 2013, p. 749).

Como é tão somente com base nesses fundamentos que são admissíveis os recursos excepcionais, eles são chamados recursos de *fundamentação vinculada*⁴³, cabendo ao recorrente suscitar apenas os vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade previstos nos dispositivos constitucionais (NOLASCO, 2006, p. 467). Além disso, tais questões devem ter sido previamente decididas pelo acórdão recorrido, conforme se verá adiante (item 2.2.2).

Logo, a amplitude de pontos controvertidos que podem ser sustentados em sede de recursos excepcionais é reduzida, se comparada à dos recursos ordinários, em especial à da apelação. É por isso que o efeito devolutivo dos recursos excepcionais, em seu prisma *horizontal*, é restrito (AZZONI, 2009, p. 193).

Em relação aos recursos cujos possíveis fundamentos são delimitados pela lei [ou pela Constituição, como é o caso dos recursos excepcionais], o efeito devolutivo também se manifesta, mas vincula-se à natureza do recurso, ocorrendo de forma diferente. É que, por ter seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a devolverem ao juízo *ad quem* toda e qualquer matéria que venha a ser delimitada pelo recorrente, no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida (MEDINA; WAMBIER, 2013, p. 116).

Também há limitação⁴⁴ na perspectiva *vertical*, porque “as *questões de fato* escapam do crivo dos tribunais superiores”⁴⁵ (PESSOA, 2006, p. 499), somente podendo ser analisadas as questões de direito. Essa restrição decorre da função

⁴² Enunciado n. 636 da súmula do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

⁴³ “É lugar-comum dizer que os recursos extraordinários têm *efeito devolutivo* restrito, pois de *fundamentação vinculada* (leia-se de cabimento restrito). A afirmação, recorrente em setor expressivo e respeitável da nossa doutrina processual, deve ser temperada com uma boa *pitada de sal*. Melhor seria dizer que o cabimento do recurso é restrito, pois as hipóteses são taxativas. Isso porque nem sempre a *devolução* que opera é restrita. Um exemplo ilustra bem essa assertiva: se a causa versa sobre legalidade de determinado tributo, sem que seja necessário, para aferi-la, imiscuir-se nos aspectos de fato da demanda, dado que a questão é eminentemente jurídica ou de direito em tese, dúvida não há de que a devolução foi ampla, tanto é assim que o grau de cognição que exerce o STJ, em casos tais, é idêntico ao do *a quo*” (PESSOA, 2006, p. 499).

⁴⁴ Wambier sustenta que, na verdade, os recursos excepcionais não têm a dimensão vertical do efeito devolutivo (2008, p. 358).

⁴⁵ Enunciado n. 279 da súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Enunciado n. 7 da súmula do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

exercida pelo STJ e STF quando do julgamento dos recursos excepcionais: não são uma terceira instância recursal, em que se pretende corrigir a injustiça da decisão recorrida, mas tribunais de sobreposição, vocacionados à preservação do estado federado.

A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do extraordinário [e especial], é aquela cujo conhecimento pelo STF [e STJ] *apenas* levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o *decisum* recorrido e um texto constitucional [ou de legislação federal]; onde, na verdade, o interesse do recorrente é, pura e simplesmente, *infringir* o julgado, objetivo esse adequado aos recursos de tipo *comum*, que já foram ou poderiam ter sido manejados *oportuno tempore* (MANCUSO, 2007, p. 163).

Em que pese os tribunais de sobreposição se destinarem à análise das questões de direito, sabe-se que é impossível dissociá-las dos fatos que lhe originaram. Por isso, a questão será *predominantemente* fática ou jurídica, a depender da necessidade de reavaliação da maneira como os fatos teriam acontecido (WAMBIER, 2005, p. 224).

Entende-se, em suma, como questão de fato a respeitante à reconstituição dos acontecimentos relevantes para o julgamento do litígio, sendo questão de direito a pertinente à averiguação da qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento em determinado conceito legal (MEDINA, 2012, p. 150).

Além da *qualificação jurídica do fato*, a *valoração legal* da prova também pode ser objeto de discussão em sede de recursos excepcionais (PIMENTEL, 2011, p. 647), porque tais situações referem-se à aplicação do direito probatório, que é matéria predominantemente jurídica (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 275).

Para reanalisar a qualificação jurídica do fato ou a valoração da prova, o magistrado poderá rever os fatos, “enquanto e como estiverem descritos no acórdão de que se recorreu” (MEDINA; WAMBIER, 2013, p. 242), mas não perquirir acerca da efetiva ocorrência ou não do evento.

Analisados os *fundamentos* dos recursos extraordinário e especial – contrariedade à norma constitucional e à lei federal, respectivamente –, percebe-se que há uma valoração quanto ao próprio mérito recursal: o legislador constituinte estabeleceu para o conhecimento do recurso uma condição que, na verdade, diz respeito à procedência ou não do pedido recursal. Tal situação é inerente aos recursos de fundamentação vinculada, resultando em uma *superposição entre o juízo de admissibilidade e o de mérito* (PESSOA, 2006, p. 498).

Porém, considerando que o juízo de admissibilidade é prévio ao de mérito e representa uma análise da viabilidade do procedimento recursal, torna-se descabida a exigência que, nesta etapa, o recorrente demonstre *efetivamente* a contrariedade à lei federal ou à norma constitucional. Se assim o fosse, estar-se-ia admitindo que o recurso só seria conhecido se fosse para dar-lhe provimento.

Se o texto constitucional, querendo indicar hipótese de *cabimento*, usou, por impropriedade técnica, expressão que já desenha hipótese de *procedência*, isso não é razão para que, no caso, se deixe de atender à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Por outro lado, já que a ocorrência *efetiva* do esquema consagrado no texto constitui requisito de *procedência*, seria absurdo exigir-la para declarar *admissível* o recurso: não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, pois esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, *antes*, se haja transposto a preliminar. Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência *hipotética* (isto é, *alegada*) do esquema textual (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 589).

É por isso que, em sede de admissibilidade recursal, basta a mera *alegação* do vício; a comprovação da ilegalidade ou da inconstitucionalidade é questão afeta ao mérito dos recursos excepcionais (ASSIS, 2013, p. 765 e 837).

2.2.2. Requisitos específicos de admissibilidade

Além dos requisitos genéricos de admissibilidade, os recursos excepcionais têm algumas exigências particulares, as quais estão intimamente ligadas à característica da devolutividade restrita.

A primeira delas é a de que os recursos excepcionais devem ser interpostos contra decisões judiciais de *única ou última instância*. Assim, somente são admitidos após não serem mais cabíveis quaisquer recursos ordinários, inclusive os embargos infringentes, “de modo que a parte não pode abandonar ou deixar de utilizar os recursos ordinários para querer, desde logo, interpor o especial [e/ou o extraordinário]” (GRECO, 2009, p. 371). É o que a doutrina chama de *esgotamento das instâncias ordinárias*.

Para a interposição do recurso especial, além de a decisão ser de única ou última instância, ela deve ter sido proferida por *tribunal*. Isso não se estende ao recurso extraordinário, que pode ser manejado diretamente contra uma decisão de juiz

singular, caso já tenha havido o esgotamento das instâncias ordinárias⁴⁶ (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 560).

Para ser admissível o recurso extraordinário também é necessário que haja *repercussão geral* da questão constitucional, a fim de que o STF julgue tão somente as causas que são mais significativas para a sociedade e para o ordenamento jurídico. É preciso, portanto, que as questões tratadas “transcendam os interesses individuais das partes em discussão na causa, surtindo efeitos sobre o panorama econômico, político, social ou jurídico da coletividade” (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 269-270).

Para este trabalho, guarda maior importância o requisito de que haja *causa decidida* sobre a questão federal ou constitucional.

O termo “causa”, empregado pelo texto constitucional, deve ser interpretado da maneira mais ampla possível, abrangendo “a totalidade dos processos em que tenha sido proferida decisão jurisdicional” (CARNEIRO, 2011, p. 17). Afasta-se, com isso, as decisões tipicamente administrativas⁴⁷.

Tanto para efeito do recurso extraordinário como do recurso especial, o que se quer, com a expressão *causa decidida*, é que a decisão atacada seja... *final*, isto é, que tenham sido exercitados os recursos ordinários cabíveis. Atendido esse item, a *causa* em questão não sofre limitação quanto à natureza do processo (de conhecimento, execução ou cautelar), nem quanto à qualidade da decisão (definitiva, terminativa, interlocutória), nem quanto ao tipo de jurisdição em que foi prolatada (contenciosa ou voluntária) (MANCUSO, 2007, p. 142).

A expressão “decidida”, por sua vez, delimita a necessidade de que tenha havido, na segunda instância, um *juízo de valor* acerca das questões federais e constitucionais que são objetos dos recursos excepcionais, ainda que tal análise não verse efetivamente sobre o mérito (CARNEIRO, 2011, p. 53).

Essa exigência constitucional foi reiterada no enunciado n. 282 da súmula do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

A propósito, *ventilar* significa debater, abordar, discutir e, sobretudo, *decidir a causa objeto do recurso*. Se o órgão que proferiu a decisão

⁴⁶ É o caso, por exemplo, do recurso extraordinário interposto contra a decisão que julgou os embargos infringentes de alçada da Lei n. 6.830/80 e daquele manejado contra decisão da turma recursal dos Juizados Especiais.

⁴⁷ “Decisão que não tem origem no *Poder Judiciário*, ou que, embora proveniente do Judiciário, não foi lançada no exercício da *função jurisdicional*, não comporta recurso especial [nem extraordinário], tendo em vista a inexistência de *causa decidida*” (PIMENTEL, 2011, p. 636).

recorrida não discute a matéria, não debate, nem decide, logo, a questão constitucional não foi *ventilada*, inviabilizando a admissão do recurso extraordinário (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 171).

A manifestação sobre a questão federal ou constitucional na decisão recorrida deve ser *explícita*, não obstante seja dispensável a expressa menção do artigo legal ou constitucional no texto do acórdão. É o que a jurisprudência denomina de *prequestionamento implícito*, ou seja, “quando o tribunal de origem não menciona *explicitamente* o texto ou a referência numérica ao dispositivo legal tido como afrontado, apesar de se pronunciar *explicitamente* sobre a questão federal [ou constitucional] controvertida” (FREIRE, 2001, p. 976).

Portanto, o verdadeiro requisito constitucional para o cabimento dos recursos excepcionais é a existência de causa decidida sobre a aplicação de dispositivo constitucional ou infraconstitucional na decisão recorrida. Não se exige que tenha havido *prequestionamento* (BOCCUZZI NETO, 2007, p. 442), termo que era utilizado na Constituição de 1937⁴⁸.

Há diversas concepções do que se entende por prequestionamento: “(a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; (b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; (c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito” (MEDINA, 2012, p. 110-111)

Neste trabalho, adota-se a premissa de que, enquanto a causa decidida é atividade do Poder Judiciário de manifestar-se sobre determinado ponto, o *prequestionamento*⁴⁹ é exercício das partes, no sentido de questionar *previamente* a matéria constitucional ou infraconstitucional nas instâncias ordinárias (PESSOA, 2006, p. 505).

⁴⁸ Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; [...].

⁴⁹ “‘Pquestionamento’ é palavra formada por derivação prefixal: ao termo ‘questionamento’, que significa discussão, controvérsia, se juntou o prefixo ‘pre’, de origem latina. [...] Pquestionar, pois, nada mais é do que questionar antes, pois é justamente o sentido de anterioridade que denota o prefixo ‘pre’” (DALL’AGNOL JUNIOR, 1994, p. 117).

Com isso, tem-se que o prequestionamento nada mais é do que *um dos meios* para, provocando o órgão julgador a manifestar-se sobre determinada questão de direito, atingir-se o verdadeiro requisito de admissibilidade, que é a causa decidida sobre a matéria constitucional ou infraconstitucional (MEDINA, 2012, p. 115).

Disse-se “um dos meios” porque é possível haver *causa decidida* sem que tenha havido prequestionamento sobre a matéria. Afinal, há matérias que o magistrado pode e deve analisar de ofício, independentemente da instigação das partes⁵⁰. Cita-se como exemplo o reconhecimento, de ofício, em sede recursal, da ilegitimidade passiva. Apesar de as partes não terem suscitado nem discutido a questão – ou seja, não há prequestionamento –, existe causa decidida sobre a matéria, pois o acórdão expressamente se manifestou pela aplicação de dispositivo infraconstitucional, motivo pelo qual seria admissível o recurso especial (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 173).

Apesar de haver, sim, distinção entre causa decidida e prequestionamento, a jurisprudência dos tribunais superiores muitas vezes trata as expressões como sinônimos⁵¹. E, por já estarem enraizadas no cotidiano forense, não é preciso abandonar o termo “prequestionamento”, desde que os recursos excepcionais não deixem de ser conhecidos em virtude de um requisito não previsto na Constituição. É preciso haver, pois, uma *fungibilidade de entendimentos* (WAMBIER, 2001, p. 220).

Isso porque

A existência de uma diversidade muito grande de entendimentos jurisprudenciais acerca de tais requisitos importa em afronta à própria função constitucional dos Tribunais Superiores, na medida em que os recursos que acabam sendo julgados pelos mesmos são aqueles que *se ajustam à orientação adotada por um determinado relator, ou uma determinada turma do Tribunal*. É possível, diante disso, que, *perante duas situações idênticas, uma delas seja apreciada pelo Tribunal Superior, e outra não*, em virtude do entendimento particular do órgão julgador que venha a receber o recurso, acerca de seus requisitos de admissibilidade (MEDINA, 2005, p. 282).

As peculiaridades a respeito do prequestionamento excedem os limites deste trabalho, sendo que a diferenciação entre ele e a causa decidida já é satisfatória para a

⁵⁰ Como já dito neste item do trabalho, a questão constitucional ou infraconstitucional pode ter sido suscitada pelo próprio magistrado, que a resolverá.

⁵¹ Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp n. 477.177/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 08.04.2014 e STF, AgRg no AI n. 805277/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 21.05.2013.

conclusão que se pretende alcançar. Passar-se-á ao estudo, então, do juízo de mérito na esfera dos recursos excepcionais.

2.3. Juízo de mérito e o enunciado n. 456 da súmula do STF

Preenchidos os requisitos necessários para o regular procedimento recursal e ultrapassada a barreira da admissibilidade, passa-se à análise do mérito recursal.

Neste momento, o magistrado verificará “se a impugnação é fundada ou não” (OLIVEIRA, 2000, p. 235), sendo o recurso então *provido* ou *desprovido*. No caso dos recursos excepcionais, o juízo de mérito consiste na aferição da violação propriamente dita da norma constitucional ou da lei federal.

O objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida. [...] Ao examinar o mérito do recurso, verifica o órgão *ad quem* se a impugnação é ou não *fundada* (procedente) e, portanto, se lhe deve ou não dar *provimento*, para reformar ou anular, conforme o caso, a decisão recorrida (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 267).

Da mesma forma que a demanda inicial, os recursos também têm causa de pedir. Nos excepcionais, elas representam os fatos jurídicos aptos a autorizarem a invalidação (*error in procedendo*) ou a reforma (*error in judicando*) da decisão recorrida. O primeiro deles diz respeito a um vício de atividade, com *natureza formal*, no qual se discute a validade da decisão como ato jurídico, sendo irrelevante o acerto ou desacerto do conteúdo (BUENO, 2010, p. 98)

Trata-se do desrespeito, por parte do magistrado, de norma procedimental, que cause prejuízo à parte e que “comprometa a forma ou o conteúdo dos atos do processo, interferindo na higidez da relação jurídica processual” (NERY JUNIOR, 2004, p. 249). Caso o vício seja constatado, o provimento jurisdicional torna-se ilegal, ensejando a *invalidação*, a *cassação* do ato. Cita-se como exemplo a ausência de fundamentação da decisão (CRFB, art. 93, IX) e a nulidade da citação (CPC, art. 214).

O *error in judicando* refere-se a um vício de *natureza substancial*, em que o provimento jurisdicional é dado de maneira equivocada⁵² pelo magistrado, podendo

⁵² Nery Junior afirma que “o vício é de natureza substancial, de conteúdo, provocando a injustiça do ato judicial” (2004, p. 250). Todavia, deve-se ter em mente que, ainda que a decisão proferida seja *injusta*, isso não é relevante, em princípio, em sede de recursos excepcionais, os quais têm outro objetivo, conforme já abordado neste trabalho (item 2.1).

recair tanto sobre questões de fato quanto sobre de direito⁵³. Deve-se considerar, porém, que nos recursos excepcionais a parte realizará a exposição do fato e do direito, mas que a reapreciação do órgão *ad quem* ficará limitada ao exame deste (ASSIS, 2013, p. 143).

Havendo vício de julgamento, a decisão judicial, apesar de válida, é errônea, motivo pelo qual deverá ser *reformada* (PIMENTEL, 2011, p. 105). É o caso, por exemplo, de o magistrado julgar procedente o pedido formulado em ação de cobrança, a despeito de o réu ter comprovado o pagamento da dívida.

Quando se denuncia *error in iudicando*, pode o objeto do juízo de mérito recursal coincidir-se com o do mérito *da causa* (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 268), a depender da extensão da impugnação promovida pela parte, o que foi explicado neste trabalho quando estudado o efeito devolutivo dos recursos (item 1.2.1).

A parte recorrente pode cumular as referidas causas de pedir, cabendo ao órgão *ad quem* examinar primeiramente o *error in procedendo*, pois “o acolhimento da questão antecedente (*error in procedendo*) elimina a necessidade de julgar a questão subsequente (*error in iudicando*)” (ASSIS, 2013, p. 143).

Havendo *error in procedendo*, operar-se-á, via de regra, o *juízo rescindente*. Ou seja, o tribunal tão somente anulará a decisão, determinando o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito, a fim de que novo julgamento seja realizado.

O acórdão que decreta a nulidade do ato recorrido *cassa-o* porque o reduz à ineficácia, mas *não o substitui*, porque não põe outro julgamento em seu lugar: da anulação resulta que os efeitos do ato foram reduzidos a nada e, consequentemente, julgar o mérito nesse momento significaria suprimir um grau jurisdicional (DINAMARCO, 2002, p. 61).

Contudo, existem casos, como as decisões *extra* ou *ultra petita*, em que o próprio juízo *ad quem* poderá sanar os vícios alegados, com fulcro na regra do aproveitamento dos atos processuais (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 86).

⁵³ “A despeito de geralmente versar sobre direito material, o *error in iudicando* também pode estar relacionado ao direito processual” (PIMENTEL, 2011, p. 102). O autor cita como exemplo o recurso interposto contra decisão que julgou improcedente a impugnação sobre o valor da causa apresentada. “A despeito de o alegado equívoco estar relacionado ao direito processual, não há dúvida de que a decisão interlocutória é válida enquanto ato jurídico, já que regular do ponto de vista estrutural. O suposto vício reside no conteúdo da decisão” (PIMENTEL, 2011, p. 103).

No caso de *error in judicando* ocorrerá o *juízo substitutivo*, no qual a decisão proferida sobrepor-se-á à recorrida, na forma do art. 512 do CPC, pois não é possível a coexistência de duas decisões a respeito da mesma questão jurídica e referente aos mesmos fatos, conforme foi observado no item 1.2 deste trabalho.

Sendo o recurso julgado *no mérito*, a decisão recorrida *jamaiz* chega a transitar em julgado; nem mesmo quando o órgão *ad quem* nega provimento ao recurso, “confirmando” (como vulgarmente se diz) aquela decisão. O que poderá transitar em julgado é, sempre, o pronunciamento do órgão *ad quem* (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 269).

Podendo o STF e o STJ emitir juízo substitutivo nos casos de *error in judicando*, diferem-se das cortes de cassação, de origem francesa, as quais se limitavam, qualquer que fosse a causa de pedir recursal, a anular a decisão e determinar que o magistrado *a quo* proferisse novo julgamento a respeito da questão (MANGONE, 2013, p. 25).

Assim, tem-se que os tribunais superiores não são cortes de cassação, mas *tribunais de revisão*, o que os possibilita, se conhecido o recurso, rejulgar a causa, “respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário” (WAMBIER, 2008, p. 385), ou seja, a impossibilidade de reexaminar provas⁵⁴.

Logo, é objeto do mérito dos recursos excepcionais “a pretensão a um novo julgamento e não mera correção nas premissas lógicas do acórdão recorrido” (DINAMARCO, 2013, p. 33), cabendo aos tribunais superiores aplicar a tese jurídica adequada ao caso. Portanto, devem rejulgar *a causa*, “e não só os fundamentos das decisões que as julgaram” (NAGIB, 2009), podendo e devendo aplicar norma diversa daquela que serviu como base para o cabimento do recurso, se assim for necessário.

É esse, inclusive, o enunciado da *súmula n. 456 do STF*: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”, e o que dispõe do art. 257, parte final, do Regimento Interno do STJ: “Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

“Rejulgar a causa” quer dizer, em suma, que, positivo o juízo preliminar de admissibilidade do recurso, o tribunal pode *julgar a lide*, inclusive sobre *prisma* (ou *fundamento*) *diverso* do que foi encampado no acórdão.

⁵⁴ Nery Junior sustenta que, conhecido o recurso, o tribunal fica livre para rever amplamente a causa, sendo que a única exigência colocada é a do prequestionamento, pois a revisão de provas é normal durante o juízo de revisão (2004, p. 442). Didier Jr. e Cunha, em contrapartida, afirmam que “uma vez admitido, no juízo de re julgamento não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devoluto)” (2013, p. 301).

Com efeito, não está o Tribunal Superior vinculado ao fundamento consignado no acórdão recorrido para “rejulgar a causa”. Pode, em tese, adotar outro fundamento, ainda que não ventilado na causa, se conheceu do recurso excepcionais (PESSOA, 2006, p. 508).

A referida súmula do STF foi aprovada na Sessão Plenária de 1º.10.1964, DJ de 08.10.1964. Para aprofundar o estudo a respeito da questão, analisar-se-ão dois dos precedentes que deram origem ao enunciado: o RE n. 35.833, DJ de 11.06.1962 e o RE n. 56.323, DJ de 24.12.1964.

O primeiro trata de recurso extraordinário interposto contra acórdão que confirmou a sentença de primeiro grau, a qual julgou procedente o pedido de anulação de transcrição imobiliária. O autor arrematou o imóvel em ação executiva hipotecária, mas não conseguiu transcrevê-lo no registro de imóveis porque o réu o havia registrado em razão de uma promessa de compra e venda firmada durante o processo executivo.

O acórdão recorrido manteve a sentença, anulando a primeira transcrição, invocando a prioridade da inscrição hipotecária, contra o qual o réu interpôs recurso extraordinário. A insurgência foi conhecida e desprovida, por unanimidade, mas o relator fez a ressalva de que a transcrição realizada pelo réu, na verdade, era válida, mas não oponível à carta de arrematação firmada durante o processo executório. Assim, manteve-se o provimento final (anulação da transcrição), mas por fundamento diverso daquele exposto na decisão recorrida.

O relator do voto consignou que a argumentação do acórdão recorrido não se desenvolvia inteiramente de acordo com o teor do voto proferido e disse: “mas estou, parece-me na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal, porque, conhecendo o recurso, julgamos a causa” (STF, 1961).

O segundo precedente refere-se a recurso extraordinário interposto contra decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que entendeu não haver fraude na prova da dispensa do recorrente com menos de 10 anos de serviço, diferentemente do que havia sido decidido pelo Tribunal Trabalhista da 3ª Região. O recurso foi julgado parcialmente procedente, por unanimidade, tendo o relator exposto que o TST, ao conhecer o recurso de revista, tinha poder para decidir de modo contrário e julgar a causa (STF, 1964).

Analizados esses precedentes, observa-se que os tribunais de sobreposição, ao julgarem o mérito, não ficam adstritos aos fundamentos e às questões levantadas pelo

recorrente. Isto serve para a admissibilidade recursal, mas depois de conhecido, eles devem julgar a causa, aplicando o direito à espécie, ainda que a tese jurídica seja diversa daquela que permitiu o conhecimento do recurso.

Assim, o STF poderia fazer, como de fato o fez, conhecer de um RE por aparente ofensa à Constituição, mas negar-lhe provimento, reconhecendo que as razões do acórdão recorrido estavam equivocadas, mas seu dispositivo estava correto, de acordo com fundamento constitucional diverso e que não fora sequer objeto da decisão guerreada (VILAR FILHO, 2004, p. 39).

Abordados os principais aspectos referentes à função e aos juízos de admissibilidade e de mérito dos recursos especiais, bem como estudado o teor do enunciado n. 456 da súmula do STF, o trabalho tratará do tema central de estudo: a aplicabilidade do efeito translativo nos recursos excepcionais.

CAPÍTULO 3

EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

A aplicabilidade do efeito translativo nos recursos excepcionais ainda encontra restrições, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Neste capítulo serão expostos os motivos pelos quais se entende que o exame das questões de ordem pública pelos tribunais superiores, de ofício, está em consonância com a função dos recursos excepcionais e com a ideia sistemática do ordenamento jurídico nacional.

3.1 Por que estender o efeito translativo aos recursos excepcionais

O *efeito translativo* permite ao tribunal julgar fora e além daquilo que foi objeto do recurso, em observância ao princípio inquisitivo e ao poder-dever de o Estado manter a unidade do exercício jurisdicional, conforme já abordado no item 1.2.2 deste estudo.

Por outro lado, como os recursos excepcionais visam à uniformização da interpretação da norma constitucional e da lei federal no país, eles são recursos de *fundamentação vinculada*, sendo que os vícios que podem ser alegados estão especificamente previstos no texto constitucional, o que foi analisado no tópico 2.2.1 deste trabalho. Além disso, para que sejam cabíveis, é preciso haver *causa decidida* sobre a questão federal ou constitucional.

É possível, então, conciliar o efeito translativo com a vinculação da fundamentação dos recursos excepcionais e com a exigência de que haja causa decidida sobre a questão federal ou constitucional? Sim.

Para tanto, é preciso distinguir exatamente o que está no âmbito do julgamento de admissibilidade e o que está no do de mérito dos recursos excepcionais. É no primeiro em que estão as peculiaridades de tais recursos, em virtude das hipóteses de cabimento restritas e dos demais requisitos previstos no texto constitucional; no segundo, a única limitação encontrada pelos tribunais superiores é a de que os fatos devem ser analisados conforme foram narrados na decisão recorrida.

Assim, ultrapassada a barreira da admissibilidade dos recursos excepcionais, “a jurisdição do tribunal superior é aberta” (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 300), cabendo ao STF e ao STJ rejulgar a causa e aplicar o direito à espécie, não ficando adstritos aos fundamentos jurídicos arguidos pelas partes nas razões recursais, conforme se concluiu da análise dos precedentes que deram origem ao enunciado n.

456 da súmula do STF. É por isso que se pode afirmar que os recursos excepcionais têm efeito devolutivo em sua perspectiva vertical, a despeito de ser limitado.

Assim, ao fixar a tese jurídica aplicável ao caso, os tribunais de sobreposição poderão valer-se de *fundamentos jurídicos que não foram trazidos pelas partes nem examinados na decisão atacada* (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 301), porque essa limitação de que haja causa decidida sobre a questão está vinculada ao juízo de admissibilidade, não adentrando no de mérito (GÓES, 2005, p. 63).

Dentre tais fundamentos, deve-se concluir que estão as matérias de ordem pública, as quais são tipicamente de direito e representam normas garantidoras do devido processo legal, como as condições da ação e os pressupostos processuais (MEDINA, 2012, p. 91). Isso porque “*aplicar o direito à espécie* significa julgar a causa com base no dispositivo legal *aplicável à espécie*” (NAGIB, 2009), independentemente da sua natureza ou de ter ele sido anteriormente aplicado.

Ao valer-se de fundamentos diversos do que aqueles trazidos pelas partes e ampliar, inclusive, a extensão daquilo que foi objeto do recurso, os tribunais superiores agem embasados no princípio inquisitivo, que é o fundamento do efeito translativo.

Dito isso, pode-se afirmar que enquanto a característica de fundamentação vinculada e a exigência da causa decidida estão ligadas ao juízo de admissibilidade do recursos excepcionais, o efeito translativo diz respeito ao de mérito.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário, especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo (DIDIER JR. 2005, p. 120).

É possível, portanto, a ocorrência do efeito translativo nos recursos excepcionais, devendo-se apenas atentar à limitada profundidade do efeito devolutivo de tais meios de impugnação, motivo pelo qual a análise das matéria de ordem pública deve estar ligada ao mérito recursal e prescindir do reexame de provas (NOLASCO, 2006, p. 488).

Não se propõe neste trabalho que os recursos excepcionais sejam *conhecidos* sem que a matéria de ordem pública tenha sido expressamente decidida no julgado recorrido, porque tal requisito, conforme já analisado (item 2.2.1), é exigência constitucional e é um dos motivos da excepcionalidade de tais recursos. Essa posição,

contudo, é defendida por Pinto (1992, p. 145), quem entende que “relativamente às questões de ordem pública, [...] deve ser dispensado o prequestionamento”.

O que se defende é tão somente a já mencionada distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito e, conseqüentemente, o *dever de, conhecido o recurso excepcional, o tribunal superior examinar as matérias de ordem pública, ainda que estas não tenham sido anteriormente decididas*.

Logo, não se admite o recurso especial fundado na impossibilidade jurídica do pedido caso o acórdão recorrido não tenha abordado expressamente a questão. Entretanto, interposto e conhecido o recurso por outro fundamento, a respeito do qual houve causa decidida, o STJ poderá/deverá reconhecer a carência da ação (MEDINA, 2012, p. 92).

Apesar de haver severas críticas à posição defendida, as quais serão examinadas no tópico 3.2 deste trabalho, entende-se que este é o posicionamento que mais se harmoniza com a noção *publicista* do processo, referente à relação formada entre as partes e o Estado detentor da função jurisdicional e ao “interesse público na correta atuação da lei” (OLIVEIRA, 2000, p. 237).

A ratio essendi da cognoscibilidade oficiosa das questões de ordem pública, em qualquer tempo e grau de jurisdição, está atrelada a um fundamento maior, relacionado ao papel do Estado-juiz no processo. Por esse viés, interessa ao próprio Estado que sejam observadas as regras disciplinadoras do regular desenvolvimento processo, para que seja alcançado o fim colimado. [...] **A cognição de ofício das matérias de ordem pública é, assim, garantia da boa administração da justiça e da segurança jurídica** (FABRÍCIO DE MELO, 2006, p. 27 – grifou-se).

Nesse sentido, tem o magistrado o poder-dever de aferir a regularidade processual durante todo o seu trâmite, com o objetivo de tutelar a adequação do resultado do processo (LUCON, 2010, p. 13), tendo em vista que as matérias em questão são insuscetíveis de preclusão e que o saneamento do processo tem caráter difuso.

[...]; o poder-dever de direção e condução do processo, conferindo ao juiz para o cumprimento de tal mister – e que apontam, todos, de forma convergente, para a constante correção da regularidade do processo, instituindo a todos os sujeitos, o ônus indeclinável – e sem termo final – de verificação contínua da integridade do direito de ação e da estrutura do processo (ORTIZ, 2005, p. 178).

Além disso, o reconhecimento da incidência do efeito translativo nos recursos excepcionais está em consonância com a *visão constitucional do processo civil*.

O princípio do *devido processo legal* pode ser delimitado como “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível” (NERY JUNIOR, 2009, p. 85), nele incluído o direito de os envolvidos terem um processo regido por um procedimento válido e que lhes garanta a esperada segurança jurídica.

Dito isso e considerando que as matérias de ordem pública objetivam justamente assegurar os ditames da legalidade no processo, a fim de afirmá-lo como garantia fundamental do jurisdicionado (ROQUE, 2011, p. 273), pode-se dizer que *o efeito translativo decorre do princípio do devido processo legal*.

Logo, quando as questões públicas são violadas “o processo torna-se viciado, ensejando a nulidade ou até a inexistência”, sendo presumida “a não-consecução da finalidade a que é destinado o ato processual, proporcionando, por conseguinte, prejuízo à(s) parte(s)” (OLIVEIRA, 2000, p. 239 e 242).

Vale a pena repetir o quadro de valores, positivados, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal, nos quais se inserem os institutos processuais: a busca por um processo civil efetivo, ideia que decorre da eleição do devido processo legal ser garantia de direitos fundamentais e o direito do jurisdicionado a um processo que observe as determinações legais, através do qual se dá oportunidade para o conhecimento de todas as regras aplicáveis previamente, com a oportunidade de apresentar seus argumentos e as provas que entenda necessárias.

Os recursos especial e extraordinário, como remédios recursais, também devem servir a este ideal, voltam-se a implementação da finalidade útil do processo. Por este motivo, entendemos que não é lícito aos Tribunais Superiores permitirem um instrumento defeituoso, que traz em si a presunção de prejuízo ao jurisdicionado, seja hábil a solucionar o litígio (ROQUE, 2011, p. 283).

O reconhecimento do efeito translativo nos recursos excepcionais vai ao encontro dos princípios da economia e da duração razoável do processo. Caso contrário, estar-se-ia aceitando que é possível o trânsito em julgado de uma decisão viciada, a qual poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial. (OLIVEIRA, 2002, p. 342). Retirar-se-ia, com isso, o papel atípico da ação rescisória ou da *querela nullitatis* como meios de desconstituição da coisa julgada e as transformaria em recursos ordinários (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 653).

A aplicabilidade do efeito translativo em sede de recursos excepcionais também está em harmonia com o motivo pelo qual esses meios de impugnação existem. Tais recursos têm função paradigmática de dar a última palavra a respeito do

direito federal e do constitucional no país, o que inclui, indubitavelmente, o dever de os tribunais superiores zelarem pelas normas básicas de constituição e de desenvolvimento regular do processo. Se não o fizessem, estariam falhando na função de preservar a unidade sistemática do ordenamento jurídico nacional.

Analisado os motivos pelos quais se defende da ocorrência do efeito translativo nos recursos excepcionais, analisar-se-ão as possíveis críticas elaboradas contra o tema.

3.2 Respostas às possíveis críticas

O entendimento de que o efeito translativo também ocorre nos recursos excepcionais não é unânime na doutrina, sofrendo diversas críticas. A fim de consolidar os motivos pelos quais o tema é defendido, serão abordadas cada uma delas e, na medida do possível, serão rebatidas.

A primeira crítica refere-se à inaplicabilidade do efeito translativo aos recursos extraordinários, “porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas *decididas* pelos tribunais inferiores” (NERY JUNIOR, 2004, p. 487-488).

Nesse mesmo sentido Wambier sustenta que, ainda que ultrapassado o juízo de admissibilidade, o tribunal não pode analisar outras questões que não aquelas que foram decididas pela decisão recorrida.

Estes [RE e REsp] são recursos interpostos *da decisão*, e que podem gerar reforma da *decisão*, que nos perdoem o talvez exagero, mas quase como se o processo não existisse. Estes recursos não *abrem* o acesso a outra matéria, que não a DECIDIDA e IMPUGNADA, chegar à cognição do STF e do STJ (2001, p. 206).

Todavia, como já exposto no item anterior (3.1), o requisito de que haja causa decidida refere-se à admissibilidade dos recursos excepcionais, enquanto o efeito translativo diz respeito ao juízo de mérito (PESSOA, 2006, p. 505). Além disso, o efeito translativo é *incompatível* com o requisito da causa decidida, pois ele ocorre justamente na hipótese em que o juiz age de ofício, sem que tenha havido anterior manifestação judicial sobre a questão; caso houvesse e as partes a tivessem impugnado, estar-se-ia no plano do efeito devolutivo.

Quando falamos de efeito translativo estamos tratando de matérias e fundamentos que podem ser conhecidos de ofício. Portanto, é indiferente que se houve prequestionamento, causa decidida, oposição de embargos de declaração ou não. Tal discussão é totalmente inócua: o efeito translativo

prescinde de discussão das partes sobre a matéria, justamente por ser de ordem pública (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 200).

E ainda se pode dizer que as matérias de ordem pública, mesmo que não estejam expressamente expostas na decisão recorrida, foram por ela supostas e adotadas de maneira implícita (DALL'AGNOL JUNIOR, 1994, p. 121), “pois, para que se exerça qualquer julgamento no processo, é imprescindível que antes sejam analisadas e superadas as condições da ação, o mesmo valendo para os pressupostos processuais” (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 200).

É preciso fazer a ressalva que essa decisão implícita não é apta a ensejar o *conhecimento* dos recursos excepcionais, pois não se trata de causa decidida, uma vez que a configuração desta exige a manifestação *expressa* do tribunal local acerca da questão. Em contrapartida, é pronunciamento suficiente para permitir que os tribunais superiores analisem a matéria depois de transposto o juízo de admissibilidade.

Receia-se que, ao permitir o reconhecimento das questões de ordem pública, de ofício, pelos tribunais superiores, o STF e o STJ transformem-se em um terceiro grau de jurisdição, pois passariam a julgar questões inéditas (YOSHIKAWA, 2011, p. 129).

Ainda que analisem as matérias de ordem pública, de ofício, os tribunais superiores não se igualariam às cortes de apelação, nem os recursos excepcionais aos ordinários, porque a principal diferença entre eles ainda se mantém, qual seja, o juízo de admissibilidade. Além disso, no mérito também há algumas restrições, como a impossibilidade do reexame de provas. E, sobretudo, os tribunais superiores continuam a exercer função política que não é atribuída aos tribunais locais.

Diz-se não ser cabível o efeito translativo nos recursos excepcionais porque o dispositivo legal⁵⁵ que autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a

⁵⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

qualquer tempo e grau de jurisdição não se aplica à instância extraordinária (NERY JUNIOR, 2004, p. 488).

É certo que os tribunais de sobreposição não são um terceiro grau de jurisdição e não é por entender dessa maneira que se defende a aplicação do art. 267, § 3º, do CPC aos recursos excepcionais. O emprego ocorre porque a interpretação a ser feita do referido texto legal é a de que as matérias de ordem pública “podem ser sempre reexaminadas enquanto não transitada em julgado a sentença que provoca a preclusão máxima” (GRECO, 2009, p. 312). Logo, enquanto não houver decisão definitiva resolvendo a lide, acobertada pela coisa julgada, essas questões poderão ser objeto de análise por parte do magistrado.

Não obstante, se o legislador infraconstitucional quisesse fazer a restrição de que o dispositivo não se estenderia à instância extraordinária, teria mencionado que o exame daquelas matérias estava limitado às instâncias ordinárias, o que não aconteceu (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 200).

Censura-se a posição defendida sob o argumento de que a extinção do feito sem resolução do mérito resultaria em *reformatio in pejus*, a qual “também abrange as matérias de que os Tribunais podem conhecer de ofício” (YOSHIKAWA, 2011, p. 109).

Como já tratado no item 1.2.3 deste estudo, ainda que haja uma piora prática para o recorrente, não se trata violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* propriamente dita. Isso porque este está ligado ao princípio dispositivo, enquanto que a análise de ofício das matérias de ordem pública em virtude do efeito translativo conecta-se ao princípio inquisitivo. O que se tem é uma piora autorizada por lei, em razão da importância das matérias envolvidas.

E mesmo havendo uma piora prática da situação do recorrente, tal situação não pode impedir os tribunais superiores de aplicarem corretamente as normas jurídicas ao caso. Afinal, é inerente à ideia dos recursos excepcionais que prevaleça o interesse público em detrimento do proveito individual das partes.

Sustenta-se, ainda, que o efeito translativo nos recursos excepcionais violaria o princípio do contraditório, uma vez que a parte seria surpreendida com uma decisão que lhe é desfavorável e a respeito da qual não teve a oportunidade de se manifestar, conferindo um caráter autoritário ao julgador (YOSHIKAWA, 2011, p. 128).

Todavia, a solução para este impasse está, justamente, na *efetivação* do contraditório. Ou seja, mesmo se tratando de matérias de ordem pública, o magistrado, anteriormente à prolação da decisão, deve possibilitar às partes a exposição de suas razões a respeito de determinada questão, a fim de que elas possam influenciar no julgamento a ser proferido (OLIANI, 2007, p. 81).

A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via” (NERY JUNIOR, 2009, p. 222).

Também se defende a impossibilidade de aplicação do efeito translativo aos recursos excepcionais em virtude do princípio da hierarquia das normas, pois o art. 267, § 3º, do CPC não poderia ampliar o âmbito da devolução dos recursos excepcionais, já que isso é definido constitucionalmente.

Considerando que os requisitos de cabimento dos recursos extraordinário e especial constam expressamente na Constituição Federal, tais disposições não são atingidas por lei inferior, mesmo que a lei em referência seja o Código de Processo Civil. Isto decorre, como está claro, da aplicação do princípio da hierarquia das normas (WAMBIER, 2007, p. 280-281).

Apesar de o efeito translativo poder ser extraído de normas infraconstitucionais, não é apenas daí que se retira a sua essência. Ele decorre “da necessária coerência que deve existir num ordenamento jurídico que pretende promover e manter um Estado Democrático de Direito” (BOCCUZZI NETO, 2007, p. 447) e, fundamentalmente, do princípio do devido processo legal, conforme já exposto (item 3.1).

Assim, tanto a devolutividade restrita dos recursos excepcionais quanto o efeito translativo decorrem de normas constitucionais, não havendo entre elas qualquer hierarquia que impeça o reconhecimento das matérias de ordem pública pelos tribunais superiores. Se fosse o caso de sustentar alguma hierarquia, dizer-se-ia que seria do efeito translativo, o qual decorre de direito individual fundamental, erigido à condição de cláusula pétrea da Constituição Federal.

Utiliza-se como argumento para negar a ocorrência do efeito translativo nos recursos excepcionais o fato de que a súmula n. 456 do STF não surgiu com esta finalidade (MANGONE, 2013, p. 219). Os precedentes que deram origem à súmula e que foram analisados no item 2.3 deste trabalho, de fato, não mencionam o exame das matérias de ordem pública, de ofício, pelos tribunais superiores. Limitam-se a expor

que, depois de conhecido o recurso, o tribunal julgará a causa e, para tanto, não está limitado apenas àquilo que foi invocado pelos recorrentes nas razões recursais.

Com isso, conclui-se que os tribunais de sobreposição não são cortes de cassação e, por isso, devem aplicar a tese jurídica adequada quando julgarem os recursos excepcionais, ainda que não seja a mesma que permitiu a admissibilidade do recurso. Logo, se o STF ou o STJ constataste um vício, ainda que referente à questão não tratada anteriormente, e deixasse de reconhecê-lo, não estaria aplicando o direito à espécie.

A súmula, portanto, apesar de não expor expressamente a possibilidade de aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais, fornece um elemento para justificar a sua ocorrência, juntamente com o princípio do devido processo legal e com a “construção lógica entre o caminho do juízo de admissibilidade e o de mérito” (GÓES, 2005, p. 63).

Mesmo que os precedentes que deram origem à súmula não mencionem as questões de ordem pública, deve-se ter em mente que o direito é uma ciência passível de mudanças e adequações de interpretações, permitindo a evolução de certo entendimento. Levando isso em consideração e compreendendo o objetivo da referida súmula, não se visualiza qualquer impedimento em utilizá-la para abranger as matérias de ordem pública.

E não se diga que o efeito translativo nos recursos excepcionais desprestigia a busca da resolução dos conflitos e da entrega do bem jurídico à parte, ou então que viola o princípio da instrumentalidade das formas. Isso porque para que a solução do litígio seja legítima e constitucionalmente adequada, deve-se exigir que o instrumento por meio do qual se busca a pacificação observe certos requisitos, sob pena de violar-se o princípio do devido processo legal e o da segurança jurídica (OLIANI, 2007, p. 78).

Ademais, tais vícios são tão severos que não podem ser tratados como meros defeitos de forma, mas sim como falhas substanciais do processo, pois referem-se à violação de bens jurídicos considerados de interesse social. Afinal, “num processo em que a parte é ilegítima ou em que não há possibilidade jurídica do pedido, inegavelmente não se poderá atingir esse objetivo de dar efetividade à tutela jurisdicional” (BOCUZZI NETO, 2007, p. 447).

Poder-se-ia sustentar, ainda, que ao incidir o efeito translativo, o mérito do recurso incluiria questões que compõem o juízo de admissibilidade da ação, como as condições da ação e os pressupostos processuais, confundindo ambas as fases. A crítica, porém, não encontra qualquer respaldo, pois o mérito recursal corresponde aos pontos que são objeto do recurso, podendo abranger, inclusive, as questões referentes à admissibilidade da ação. Não há, necessariamente, exata correspondência entre o mérito do recurso e o da causa.

Aponta-se, ainda, a seguinte falha na teoria:

Mostra-se irremediavelmente ilógico e incongruente não conhecer da alegação de carência de ação ou falta de pressuposto processual alegada por uma das partes e eventualmente respondida pela outra, sob (correto) argumento de falta de prequestionamento, e permitir que a mesma matéria seja apreciada de ofício, por iniciativa do Relator ou outro membro do colegiado. [...] Causa espanto (pelo menos deveria causar) que o juiz possa conhecer de ofício matéria que a parte a quem ela beneficiaria não pode eficazmente alegar. Ou a matéria pode ser alegada pela parte e também pode ser conhecida pelo juiz de ofício (princípio inquisitivo) ou somente pode ser alegada pela parte, não se admitindo que o juiz dela conheça sem a devida provocação (princípio dispositivo). Essa terceira e esdrúxula solução não parece compatível com o nosso modelo de processo civil (YOSHIKAWA, 2011, p. 127).

A ideia, a princípio, parece fazer desmoronar a tese sustentada. Contudo, a impossibilidade de eficazmente alegar determinada matéria decorre da exigência constitucional de que haja causa decidida sobre a questão, o que não impede, porém, que no juízo de mérito a questão seja examinada, prevalecendo o princípio inquisitivo. Afinal, tanto o princípio dispositivo quanto o inquisitivo não são absolutos, podendo se alternar ao longo do processo, conforme exposto no item 1.1.2 deste estudo.

Por fim, afirma-se que a aceitação da tese de ocorrência do efeito translativo nos recursos excepcionais implicaria aumento no volume de recursos para os tribunais superiores. Todavia, o efeito só se opera quando do julgamento dos recursos, depois que eles já tiverem sido conhecidos. Não se está, portanto, ampliando as hipóteses em que os recursos podem ser interpostos (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 201), até mesmo porque isso dependeria de emenda constitucional.

Apresentadas as principais opiniões contrárias à posição defendida neste trabalho e as respostas a elas, far-se-á uma análise do entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

3.3 Entendimento jurisprudencial

O entendimento acerca do tema também não é pacífico na jurisprudência. A fim de elucidar a forma como os tribunais superiores vem encarando a questão, analisar-se-ão dois precedentes do STJ: um deles em que não se aplica o efeito translativo e outro no qual ele é reconhecido.

O primeiro julgado a ser estudado é o AgRg no REsp n. 900.449, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, da Segunda Turma, julgado em 04.06.2009.

Trata-se de ação ajuizada contra a União e o Estado do Rio de Janeiro em virtude de o autor ter contraído o vírus do HIV logo após o nascimento, ao realizar transfusões de sangue no Instituto Fernandes Figueira. Em primeiro grau, o pleito indenizatório foi julgado parcialmente procedente para condenar os réus ao pagamento de pensão mensal, no valor de um salário mínimo e meio, até que o menor completasse 18 anos de idade, além de indenização por danos morais no valor de R\$ 245.000,00.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento ao recurso do autor para fixar em cinco salários mínimos a pensão mensal durante o período de sua sobrevida até o limite de 65 anos de idade. Contra essa decisão foi interposto recurso especial, tendo a União sustentado a violação ao art. 535 do CPC e a sua ilegitimidade passiva, pois o Instituto Fernandes Figueira, vinculado à Fundação Oswaldo Cruz, tem personalidade jurídica própria.

O recurso, julgado monocraticamente pelo Desembargador convocado Carlos Fernando Mathias, foi conhecido no que diz respeito à alegada violação ao art. 535 do CPC, mas não quanto à ilegitimidade, por entender ser indispensável o requisito do prequestionamento.

Em agravo interno, foi reconhecida a possibilidade de o tribunal superior analisar a questão da legitimidade passiva, uma vez que o recurso especial havia sido conhecido por outro fundamento (violação ao art. 535 do CPC) e, por isso, seria aplicável o efeito translativo. Mencionou-se, neste ponto, a aplicação analógica da súmula n. 456 do STF. Em virtude disso, foi reconhecida a ilegitimidade passiva da União, tendo o feito sido extinto sem julgamento do mérito em relação a ela. A seguir destaca-se trecho da ementa do acórdão:

O fato de a questão da legitimidade passiva não ter sido alvo de prequestionamento não impede que esta Corte Superior trate do ponto. É que os recursos extraordinários (em sentido lato) também possuem o efeito

translativo, ainda que de abrangência mais limitada, tendo em conta a necessidade de que o inconformismo seja conhecido ao menos por algum outro fundamento que não o que deixou de ser prequestionado. Incide, no caso, a Súmula n. 456 do STF, por analogia.

A decisão proferida no recurso especial foi acertada ao não *conhecer* da preliminar de ilegitimidade passiva por não haver causa decidida a respeito. O que se considera equivocado, à luz da tese defendida, é a não apreciação da questão depois de conhecido o recurso em virtude de outro fundamento, no caso, a violação ao art. 535 do CPC. Todavia, em sede de agravo interno, com outra relatoria, retomou-se a ordem do processo e, conseqüentemente, excluiu-se a parte ilegítima do feito.

O segundo precedente é o AgRg no ED no REsp n. 1.252.991, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves, da Primeira Turma, julgado em 20.09.2012.

A lide girava em torno de pensão por morte devida a servidor público federal. Em primeiro grau foi reconhecida a prescrição em relação às verbas anteriores a dezembro de 1994 e julgado improcedente o pedido em relação as demais, porque a União havia comprovado o pagamento dos valores como se os servidores vivos estivessem.

O autor apelou e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu parcial provimento ao recurso para condenar a ré a reajustar os proventos dos pensionistas, observando-se a paridade com os servidores ativos, ressaltando-se a prescrição quinquenal no que diz respeito aos valores atrasados.

Interposto recurso especial pela União, esta alegou, dentre outras razões, que os benefícios eram pagos pelo INSS, o qual não foi citado para integrar o polo passivo da demanda, o que implicaria desrespeito ao art. 47 do CPC. Também se insurgiu quanto ao juro e à correção monetária aplicada.

O recurso especial foi julgado monocraticamente, tendo o relator não conhecido a insurgência referente ao litisconsórcio necessário por ausência de prequestionamento, pois a questão só foi suscitada depois da decisão do tribunal local, em embargos de declaração. No mérito, o recurso foi parcialmente provido para determinar a incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 a partir da sua entrada em vigor. Foram opostos embargos de declaração - que versaram tão somente quanto à correção monetária -, os quais foram rejeitados.

Em agravo interno, a União sustentou que apesar de a questão relativa à inclusão do INSS no polo passivo da demanda como litisconsorte necessário ter sido

suscitada apenas em embargos de declaração no tribunal local, o recurso especial foi conhecido no ponto referente à correção monetária. Assim, vencida a barreira de admissibilidade, e por se tratar de matéria de ordem pública, o STJ poderia analisar a questão, em virtude do efeito translativo dos recursos.

Todavia, o recurso foi desprovido, porque

A Corte *a quo* não manifestou, em suas razões de decidir, nenhum pronunciamento sobre o tema inserto no artigo 47 do CPC, o que não satisfaz o prequestionamento da matéria suscitada, qual seja, a necessidade de inclusão do INSS no polo passivo da demanda. Incidência da Súmula 211/STJ.

O julgado deve ser analisado em duas perspectivas: a violação ao art. 47 do CPC não poderia ensejar o *conhecimento* do recurso especial, pois a questão não havia sido decidida pelo acórdão recorrido; todavia, o recurso foi conhecido por outro fundamento (correção monetária) e, adentrando ao mérito, cabia ao STJ aplicar o direito à espécie e aferir que, desde a citação, o processo em questão era nulo, pois não houve inclusão de litisconsorte necessário.

Este julgado adotou o viés mais conservador em relação à questão, pois deixou de analisar a matéria de ordem pública por não estar prequestionada, a despeito de o recurso ter sido conhecido por outro fundamento. Porém, como mencionado anteriormente (item 3.2), entende-se que essa conclusão não é a mais adequada, uma vez que a exigência do prequestionamento é *incompatível* com o efeito translativo dos recursos excepcionais, porquanto o primeiro refere-se ao juízo de admissibilidade do recurso e o último ao de mérito.

Apesar de os precedentes tratarem de questões fáticas e jurídicas diversas, é possível fazer uma análise comparativa entre eles, já que em ambos havia questão de ordem pública envolvida.

Entende-se que no primeiro, no qual foi reconhecido o efeito translativo, promoveu-se justamente a função que se espera dos recursos excepcionais. Isso porque o julgamento manteve a unidade do sistema, impedindo que transitasse em julgado uma decisão viciada, a qual foi proferida contra parte ilegítima e que seria passível de rescisão, por violar literal disposição de lei.

No segundo caso, se fosse reconhecida a nulidade do feito desde a citação, em virtude da não inclusão de litisconsórcio necessário, poder-se-ia questionar se tal situação não privilegiaria o direito instrumental ao material ou então se haveria violação do princípio da economia processual e do da duração razoável do processo.

Defende-se que não se estaria privilegiando o direito instrumental, mas sim o interesse público de que o processo seja regido por um procedimento válido e seguro. Além disso, estar-se-ia favorecendo a correta aplicação do direito objetivo ao direito subjetivo das partes litigantes.

Caso reconhecida a nulidade do feito desde a citação, não se pode negar que haveria prejuízo temporal às partes. Todavia, deve-se considerar que alguns atos processuais praticados poderiam ser reaproveitados (CPC, arts. 248 e 249) e que tal atraso na prestação jurisdicional não se compara ao trâmite da ação rescisória passível de ajuizamento em virtude do vício constatado.

Outro ponto que chama a atenção nas decisões é a data em que foram julgadas: a mais *liberal*, em 2009 e a mais *conservadora*, em 2012. Nesse ínterim, deve-se destacar o julgamento do AgRg no EREsp n. 999.342/SP, em 24.11.2011, - pela Corte Especial - , cujo relator foi o Min. Castro Meira, no qual se solidificou a mudança do entendimento.

A questão envolvia direito societário, tendo o agravante manejado recurso especial por violação aos arts. 267 e 462 do CPC, o qual não foi conhecido por ausência de prequestionamento e pela necessidade de revolver provas. Em embargos de divergência, o agravante suscitou a possibilidade de serem examinadas de ofício questões de ordem pública não debatidas na instância ordinária, em virtude de dissídio jurisprudencial entre a 1ª e a 3ª Turma do STJ. O recurso foi rejeitado liminarmente sob o fundamento de que o acórdão embargado estava em consonância com a jurisprudência pacificada do tribunal.

Interposto agravo regimental, o Ministro relator consignou que “a Corte Especial já uniformizou o entendimento de que não é possível enfrentar essas questões [de ordem pública], quando ausente o requisito de prequestionamento” (STJ, 2011, p. 3), motivo pelo qual lhe negou provimento.

Ressalta-se que, no caso, o entendimento foi correto, pois o recurso especial não foi conhecido. Todavia, ao longo do voto expôs-se que as matérias de ordem pública não poderiam ser analisadas sem que elas tivessem sido decididas anteriormente, ainda que o recurso já tivesse sido conhecido por outro fundamento.

A mudança de entendimento promovida pelo STJ encontra amparo na notória e cada vez mais frequente maneira defensiva com que o órgão analisa os recursos que lhe são direcionados. A posição, todavia, viola os princípios da economia, da

celeridade, da efetividade da tutela jurisdicional e, sobretudo, do devido processo legal. A respeito disso, Didier Jr. e Cunha:

A superação do entendimento anterior é lamentável, pois resgata a orientação retrógrada, que conspira contra o acesso à justiça e contra a efetividade da tutela jurisdicional. Também é lamentável tal superação, por contrariar entendimento consolidado de há muito e compendiado em enunciado da súmula do STF (2013, p. 305).

Apesar desse julgado proferido pela Corte Especial, ainda há decisões em ambos os sentidos, o que viola a função precípua do tribunal superior, que é a de dizer a última palavra a respeito da interpretação da legislação federal no país. Pode-se dizer que há várias decisões adeptas à corrente mais conservadora⁵⁶, a despeito de estar surgindo posicionamento na linha do que se defende neste trabalho⁵⁷.

Expostos alguns precedentes a respeito da matéria, analisar-se-á como a questão é tratada pelo projeto do novo Código de Processo Civil.

3.4 O novo Código de Processo Civil

O projeto do novo Código de Processo Civil, cujo texto que se adota é o aprovado pela Câmara dos Deputados, em 26.03.2014, não utilizou a expressão “efeito translativo nos recursos excepcionais”, até mesmo porque se trata de uma construção doutrinária. Todavia, positivou o enunciado da súmula n. 456 do STF e esclareceu algumas controvérsias sobre a matéria:

Art. 1.047. Admitido o recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito.

Parágrafo único. Tendo sido admitido o recurso extraordinário ou especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado.

Com a leitura do texto proposto, pode-se inferir que serão transferidas aos tribunais superiores todas as questões de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado. Dentre elas estão as matérias de ordem pública, uma vez que representam

⁵⁶ Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp n. 1.359.516/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 03.09.2013; STJ, AgRg no AREsp n. 413.730/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 08.04.2014.

⁵⁷ Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp n. 44.491/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 02.10.2012; STJ, EDcl no Ag 1311970/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 07.05.2013; STJ, AgRg no AREsp n. 252.810/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 03.04.2014.

a garantia de uma adequada prestação jurisdicional, ou seja, são *relevantes* para a elucidação do litígio.

Pelos motivos já expostos neste trabalho, acredita-se que, caso conhecido o recurso, tais questões podem ser analisadas ainda que não tenham sido decididas anteriormente, porque o prequestionamento é questão afeta ao juízo de admissibilidade e não ao de mérito. O texto legal, porém, não sanou expressamente essa dúvida.

Entretanto, a exposição de motivos contida no Anteprojeto elaborado pela comissão de juristas esclarece que o novo Código está fundado na ideia constitucional de processo e na sua característica instrumental, privilegiando a correta aplicação do direito objetivo pelos tribunais superiores. Por isso,

permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade (BRASIL, 2010, p. 23).

Não se pode dizer que se tornou dispensável a exigência de haver causa decidida para que o recuso seja conhecido, até mesmo porque se trata de requisito constitucional, não podendo ser alterado pela legislação ordinária nem pela sua exposição de motivos. Contudo, é mais um indicativo de que, conhecido o recurso, o juízo de mérito não pode ficar limitado a requisitos meramente impeditivos da prestação jurisdicional, devendo-se ater propriamente àquilo que foi objeto da impugnação e àquelas questões que podem ser examinadas de ofício.

Apesar de não ser propriamente objeto deste capítulo, deve-se fazer uma ressalva. O texto proposto prevê que, durante o juízo de mérito, os tribunais superiores poderão tratar das questões de fato, diferentemente do que se sustentou no capítulo anterior (item 2.2.1). Discorda-se do texto proposto e atém-se ao que foi anteriormente defendido, pois o julgamento dos tribunais superiores deve privilegiar o direito objetivo e, por isso, valer-se dos fatos conforme narrados na decisão recorrida. Isso porque “o erro de fato é menos lesivo - ao menos para o sistema - do que o erro de direito” (AZZONI, 2009, p. 151).

Algumas das críticas elencadas no item 3.2 deste trabalho também são solucionadas pelo texto proposto para o novo Código.

Referente à extinção do feito sem resolução do mérito, aprimorou-se a redação do que hoje é o § 3º do art. 267, adotando a interpretação do dispositivo que antes se sugeriu, ou seja, de que as matérias de ordem pública podem ser examinadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, *enquanto não ocorrer o trânsito em julgado* da decisão⁵⁸. Com essa mudança, não há mais como sustentar que o dispositivo legal não abrange a jurisdição dos tribunais superiores.

Além disso, em virtude da visão constitucional do processo civil enaltecida pelo projeto do novo código, há regra expressa no sentido de que, ainda que se trate de questões de ordem pública, o magistrado deverá dar a oportunidade de as partes manifestarem-se a respeito⁵⁹, a fim de se garantir o exercício pleno do contraditório. Ressalta-se que a iniciativa de constar na legislação infraconstitucional dispositivos regulamentando a efetivação do direito ao contraditório é elogiável; porém, a ausência de texto correspondente no atual código não exime os magistrados de fazê-lo.

Com isso chega ao fim este trabalho, com a certeza de que o tema não foi totalmente esgotado, o que sequer se pretendeu. Todavia, essas foram as principais considerações acerca do assunto, sua aplicação hoje e a perspectiva perante o projeto do novo Código de Processo Civil.

⁵⁸ Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: [...]

IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V – reconhecer a existência de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI – verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V e VI, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

⁵⁹ Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mérito recursal é estabelecido pelas partes recorrentes na medida da impugnação ofertada, ficando o magistrado a isso vinculado. As questões e fundamentos referentes ao capítulo impugnado, porém, são transferidos ao tribunal por força de lei. É com isso que, então, o tribunal trabalhará para julgar o recurso interposto.

Há algumas hipóteses, entretanto, que o magistrado pode ampliar sua área de atuação, em virtude da importância que certas matérias têm perante o ordenamento. É o caso das questões de ordem pública, as quais fogem do âmbito de disponibilidade das partes. Assim, quando o magistrado age com base no princípio inquisitivo e expande a profundidade e até mesmo a extensão do efeito devolutivo, opera-se o efeito translativo dos recursos.

Isso é admitido no sistema porque tais matérias guardam importância no sentido de manter a ordem e a unidade do sistema jurídico, sendo irrelevante, neste ponto, o interesse ou o prejuízo que isso pode trazer às partes. Essas questões garantem aos envolvidos e à sociedade como um todo que a controvérsia trazida perante o Estado será resolvida de maneira válida e segura, ou seja, efetivam o direito individual do devido processo legal.

O que se defendeu neste trabalho, em suma, é a possibilidade de que o exame das matérias de ordem pública, de ofício, aconteça também em sede de recursos excepcionais.

Para tanto, expôs-se a função extraprocessual exercida por esses recursos, pois eles uniformizam as diversas interpretações acerca da lei federal ou da norma constitucional e, por isso, apenas determinados vícios podem ser suscitados em suas razões; são, portanto, recursos de fundamentação vinculada. Em virtude dessa função exercida, para que tais recursos sejam conhecidos, também é preciso que haja causa decidida sobre a questão, ou seja, que o tribunal tenha emitido juízo de valor sobre a matéria.

Por tais motivos, o juízo de admissibilidade nesses recursos muitas vezes se sobrepõe ao de mérito. Contudo, para chegar à conclusão pretendida, isso não pode acontecer: enquanto no primeiro discute-se a viabilidade do procedimento recursal, no segundo define-se se o recorrente tem ou não razão em sua pretensão.

Nesse contexto, a fundamentação vinculada dos recursos e a exigência de que haja causa decidida está ligada ao juízo de admissibilidade, enquanto o efeito translativo ao de mérito. Isso porque, ultrapassada a barreira da admissibilidade, cabe aos tribunais superiores rejulgarem a causa e aplicarem o direito à espécie, como estabelece o enunciado da súmula n. 456 do STF, o que inclui também a análise das matérias de ordem pública, a despeito de isso não ter sido objeto de decisão anterior.

Não se defende a inexigibilidade do requisito da causa decidida para que os recursos excepcionais sejam conhecidos, mas tão somente que, depois que o forem, a jurisdição dos tribunais superiores seja aberta para o exame das referidas matérias.

Defendeu-se que essa visão vai ao encontro da noção publicista e constitucional do processo civil, uma vez que a análise de tais questões está relacionada ao interesse público de que a tutela jurisdicional seja manejada via instrumento jurídico válido e seguro. Essas questões não se restringem, portanto, a exigências formais de procedimento, mas garantem a própria efetividade do princípio do devido processo legal.

Além disso, a questão está em consonância com os princípios constitucionais da economia e da duração razoável do processo, pois seria incoerente permitir o trânsito em julgado de uma decisão viciada, a qual pode ser desconstituída via ação rescisória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. (ALEXY, 2012).

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. (ALVIM, 2012).

AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Inércia e correlação: novas tendências em função do princípio da colaboração*. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Org.). *Processo civil em movimento – diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2003. (APRIGLIANO, 2003).

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática de processo civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (ASSIS, 2001).

_____. *Manual dos recursos*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (ASSIS, 2013).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5 (BARBOSA MOREIRA, 2008).

BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (BARIONI, 2007).

BERMUDES, Sérgio. *Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil*. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 100. (BERMUDES, 2000).

_____. *Introdução ao processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. (BERMUDES, 2010).

BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. *Recursos excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 11. (BOCCUZZI NETO, 2007).

BRASIL, Congresso Nacional. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014. (BRASIL, 2010).

_____. *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”*. Brasília: Câmara dos Deputados, Presidência, 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 10 mai. 2014. (BRASIL, 2014).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1.346.299*, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Brasília, DF,

6 de fevereiro de 2007, Diário da Justiça eletrônico de 22 de fevereiro de 2007. (STJ, 2007).

_____. *Recurso especial n. 999.342*, da Corte Especial, rel. Min. Castro Meira, Brasília, DF, 24 de novembro de 2011, Diário da Justiça eletrônico de 1º de fevereiro de 2012. (STJ, 2011).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 35.833*, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Victor Nunes Leal, Brasília, DF, 28 de novembro de 1961, Diário da Justiça de 11 de junho de 1962. (STF, 1961).

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. 1 (BUENO, 2011).

_____. *Curso de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 5 (BUENO, 2010).

_____. *Efeitos dos recursos*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 10. (BUENO, 2006).

CAMARGO, Lester Marcantonio. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a efetividade de processo civil*. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). Vários colaboradores. *Direito e processo – estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. (CAMARGO, 2007).

CANAN, Ricardo. *Recursos excepcionais – tratamento suficiente, prejudicialidade e questões afins*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. (CANAN, 2005).

CARDOSO, Oscar Valente. *O prequestionamento de questões de ordem pública no recurso especial*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2013, v. 121. (CARDOSO, 2013).

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. (CARNEIRO, 2011).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011).

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários*. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, v. 74. (DALL'AGNOL JUNIOR, 1994).

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. (DA SILVA, 2011).

DA SILVA, Márcio Henrique Mendes. *Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos: perspectiva de interpretação instrumental*. In: NERY

JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 11. (DA SILVA, 2007).

DECOMAIN, Pedro Roberto. *A função constitucional do recurso extraordinário*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2013, v. 121. (DECOMAIN, 2013).

DIAS, Camila Werneck de Souza Dias. *Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 5. (DIAS, 2002).

DIDIER JR., Fredie. *Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. (DIDIER JR., 2005).

_____. *Curso de direito processual civil – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, v. 1. (DIDIER JR., 2011).

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 3. (DIDIER JR.; CUNHA, 2013).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 2 (DINAMARCO, 2009).

_____. *Os efeitos dos recursos*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 5. (DINAMARCO, 2002).

FABRÍCIO DE MELO, Andréa Cherem. *O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial*. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 132. (FABRÍCIO DE MELO, 2006).

FONSECA, João Francisco Naves da. *Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>. Acesso em: 11 mai. 2014. (FONSECA, 2010).

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Pquestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 4. (FREIRE, 2001).

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Efeito suspensivo automático da apelação deve acabar*. Revista Consultor Jurídico, 9 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-09/fernando-gajardoni-efeito-suspensivo-automatico-apelacao-acabar>. Acesso em: 10 fev. 2014. (GAJARDONI, 2013).

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Recursos especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal?* In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, v. 22. (GÓES, 2005).

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2. (GRECO FILHO, 2009).

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. (JORGE, 1999).

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 5. (JORGE; RODRIGUES, 2002).

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (LENZA, 2010).

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>. Acesso em: 11 mai. 2014. (LUCON, 2010).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (MANCUSO, 2007).

MAGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (MAGONE, 2013).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (MARINONI, 2011).

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 2. (MARINONI; ARENHART, 2011).

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (MARINONI; MITIDIERO, 2011).

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004 (MARTINS, 2004).

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (MEDINA, 2012).

_____. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 2. (MEDINA; WAMBIER, 2013).

_____. *Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. (MEDINA, 2005).

MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. *Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. (MELO, 2005).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (MENDES; BRANCO, 2012).

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, tomo VII. (MIRANDA, 2002).

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Ensaio sobre recursos e assuntos afins*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 2 (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2011).

_____. *Julgamento imediato pelos tribunais: a regra do § 3º do art. 515 do CPC*. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). Vários colaboradores. *Direito e processo – estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2007).

_____. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013).

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. *A competência recursal extraordinária do STF e do STJ*. Revista Consultor Jurídico, 29 out. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/competencia-recursal-extraordinaria-supremo-stj>. Acesso em: 8 mai. 2014. (NAGIB, 2009).

_____. *Simultaneidade de recursos mais atrapalha que ajuda*. Revista Consultor Jurídico, 1º fev. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/simultaneidade-recursos-stf-stj-atrapalha-ajuda>. Acesso em: 4 mai. 2014. (NAGIB, 2010).

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial*. Doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997. (NEGRÃO, 1997).

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (NERY JUNIOR, 2009).

_____. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. (NERY JUNIOR, 1997).

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (NERY JUNIOR, 2004).

NOLASCO, Rita Dias. *Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 10. (NOLASCO, 2006).

OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (OLIANI, 2007).

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (OLIVEIRA, 2002).

_____. *Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trata da matéria impugnada*. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (OLIVEIRA, 2000).

ORTIZ, Mônica Martinelli. *Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento*. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 128. (ORTIZ, 2005).

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (PANTUZZO, 2004).

PESSOA, Roberto Dórea. *Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de direito estrito*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 10. (PESSOA, 2006).

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. (PIMENTEL SOUZA, 2011).

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. (PINTO, 2003).

_____. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. (PINTO, 1992).

ROQUE, Nathaly Campitelli. *A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, 2011. (ROQUE, 2011).

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários*. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 138. (ROSA, 2006).

ROSA FILHO, Jorge Nunes da. *O papel político dos recursos especial e extraordinário*. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). Vários colaboradores. *Direito e processo – estudos em homenagem ao*

Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. (ROSA FILHO, 2007).

SILVA, Ovídio Araújo da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (SILVA; GOMES, 2011).

TORRES DE MELO, Rogério Licastro. *Recurso especial e matéria de ordem pública*: desnecessidade de prequestionamento. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 151. (TORRES DE MELO, 2007).

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. *Admissibilidade do recurso extraordinário*: o novo entendimento do STF. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, v. 13. (VILAR FILHO, 2004).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos estrito direito e de ação rescisória*: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (WAMBIER, 2001).

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (WAMBIER, 2008).

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (WAMBIER, 2007).

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (WAMBIER, 2005).

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Limites ao efeito translativo dos recursos*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 12. (YOSHIKAWA, 2011).